Ist § 717, Abs. 2 ZPO analog anwendbar auf vollstreckbare Beschlüsse?

(Unter besonderer Betrachtung der Kostenfestsetzungsbeschlüsse, der eine Zwangsvollstreckung einstellenden Beschlüsse und des Zwangsvollzugs von „Beschlüssen" auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit).

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Oertel
aus Deggendorf

Approbiert am 18. Oktober 1938

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1939

Referent: Professor Dr. Friedrich Lent.

Meinen lieben Eltern!

Inhalt.

Ist § 717, Abs. 2 ZPO analog anwendbar auf vollstreckbare Beschlüsse?

(Unter besonderer Betrachtung der Kostenfestsetzungsbeschlüsse, der eine Zwangsvollstreckung einstellenden Beschlüsse und des Zwangsvollzuges von „Beschlüssen“ auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit.)

			Seite
I.		Einleitung (Abgrenzung des Themas)	7
II.	1.	Wortlaut und wesentlicher Inhalt des § 717, Abs. 2 ZPO . .	8
	2.	Die gesetzlich geregelten Fälle einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung	13
	3.	Analogie im allgemeinen	14
	4.	Der Rechtsgrund der unbedingten Schadenshaftung aus § 717, Abs. 2 ZPO	18
	5.	Ueberblick über die Entstehungsgeschichte des § 717, Abs. 2 ZPO	30
III.	1.	Rechtsprechung und Literatur zur Frage der analogen Anwendung	33
	2.	Stellungnahme des Verfassers und Vorschlag	39

Literaturverzeichnis.

Albrecht: Der Schadensersatzanspruch des § 717, Abs. 2 und die Einwendungen dagegen. Rost. 1919.
Baumbach: Zivilprozeßordnung 6. (1931) und 12. Auflage (1936).
Bekker: Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, I, Leipzig 1859.
Bernhard: Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb. Leipzig 1935.
Binder: Prozeß und Recht. Leipzig 1927.
Binding: Handbuch des Strafrechts, Bd. I. Leipzig 1885.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, 11. Aufl. 1890.
Bovensiepen: Analogie, in Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Breit: Die Vollstreckung nicht endgültiger Titel als rechtmäßige, aber zum Schadensersatze verpflichtende Handlung. Leipzig 1933.
Coppel: Ansprüche aus einer im Wiederaufnahmeverfahren sich als ungerechtfertigt darstellenden Zwangsvollstreckung mit bes. Berücksichtigung einer eingetretenen Kreditverletzung. Leipzig 1911.
Degenkolb: Beiträge zum Zivilprozeß, 1905.
Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1892.
— Pandekten, Bd. I.
Eick: Die Analogie im Strafrecht. Gießen 1912.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1928, 1931.
Esche: Die verschiedene Gestaltung der Gefährdungshaftung der §§ 145 Abs. 3, 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 und 945 der Reichszivilprozeßordnung. Leipzig 1912.
Falkmann: Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1908—1914.
Fischer Hans Albrecht: Der Schaden, 1903.
Fischer: Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung. Berlin 1934.
Förster-Kann: Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. 1913.
(Gaupp)-Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung, alter Fassung, ferner 8., 9., 14. und 15. (1934) Aufl.
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, Bd. 18; Fischers Abhandlungen 1909.
Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb (in Fischers Abhandlungen, Bd. 20, 1910).
Görres: Die Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 35, 1906).
Graßhoff: Begriff und Bedeutung des ius singulare. Göttingen 1890.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Berlin 1926.
Hahn-Mugdan: Die Materialien zum Gesetz betreffend Aenderungen der Zivilprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsges. und der Strafprozeßordnung, 1898.
— Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1880.
Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914.
— Identität der Partei, Bd. 1, 1918.
Heintze: Die Schadensersatzverpflichtung nach ungerechtfertigter Vollstreckung im Gebiete des Privatrechts. Berlin 1905.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
— Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905.
Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1912, 1919.
Hirsch: Die Uebertragung der Rechtsausübung, I. Teil, 1910.
Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. 1900.
Ihering: Geist des römischen Rechts, 2. Aufl.. Leipzig 1866.

Jastrow: Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten (in Zeitschr. Ziv. Prax., Bd. 25, S. 128 ff.)

Kahane: Die Folgen des ungerechtfertigten Arrests (in Grünhut Z. 19, 99).

Kleinfeller: Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoß gegen die guten Sitten (in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1906).

Koch: Die Bedeutung des Satzes „Erhöhte Gefahr — erhöhte Haftung" im modernen Rechtsleben. Würzburg 1911.

Kohler: Recht und Gesetz (in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XI, 1).

Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. (Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 16, 2).

Langheineken: Der Urteilsanspruch, 1899.

Laue: Die Schadensersatzpflicht wegen unberechtigter vorläufiger Vollstreckung und Arrestvollziehung. Göttingen 1928.

Liebert: Die Rechtslage des Beklagten, nach § 717 ZPO, wenn der Kläger die rechtshängige Forderung abgetreten und der Zessionar aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil vollstreckt hat, unter besonderer Berücksichtigung des Konkurses des Klägers. Leipzig 1908.

Marcuse: Die Haftung für ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb.

Materialien: Die Materialien zur Zivilprozeßordnung (in Zeitschrift für deutsch. Zivilprozeß, V. Beilage zu Bd. XXIV).

Mellentin: Die Pflicht zum Schadenersatz wegen einer Vollstreckung aus einer unzulässigerweise gegen den angeblichen Rechtsnachfolger erteilten vollstreckbaren Ausfertigung eines Urteils. Greifswald 1913.

Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht aus rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.

Müller: Der Schadensersatzanspruch aus § 717 ZPO. Breslau 1936.

Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung (Archiv Ziv. Prax., Bd. 106, 109).

Noak: Entsprechende Anwendung des § 717 ZPO auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse (in Mitteilungen der Reichs-Rechtsanwaltskammer 1936, Nr. 7).

Nußbaum: Richterliche Zwangsgewalt in der freiw. Gerichtsbarkeit (in Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß, Bd. 29, 440 ff.).

Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905.

Petersen-Anger: Zivilprozeßordnung, 5. Aufl.

Pfizer: Ueber die Schadensersatzpflicht des Arrestgläubigers im Falle der Aufhebung des Arrests (ZZP 13, 304 ff.).

Regelsberger: Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts (in Festgabe für Rudolf von Jhering. Leipzig 1892).

Rogge Arthur: Ueber den Eintritt einer Schadensersatzpflicht wegen ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung. Berlin 1905.

Rogge Hugo: Der Rechtsgrund der unbedingten Schadensersatzpflicht nach Aufhebung des vorl. vollstreckbaren Urteils. Göttingen 1930.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1931.

— Stellvertretung im Prozeß.

Rümelin: Gründe der Schadenszurechnung, 1896.

— Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.

Rumpf: Gesetz und Richter. Berlin 1906.

Seuffert-Walsmann: Komm. zur Zivilprozeßordnung, 9., 11. und 12. Auflage.

Schlegelberger: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Auflage, 1937.

Schlißki: Die Grundlagen des Schadensersatzrechts. Königsberg 1934.

Schnitzler: Die Schadensersatzpflicht ohne Verschulden.

Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7., 8. und 9. Auflage.

Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913.

— Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 11. Auflage.

Stiewe: Ein Beitrag zur Schadensersatzlehre. Leipzig 1908.

Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl. 1910.

Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung, 20. Aufl.

Thöl: Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1851.

v. Thur: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1910.

Unger: Handeln auf eigene Gefahr.
Weber: Schadensersatz bei Wiederaufhebung von Beschlüssen über vorläufige Vollstreckungseinstellung. (Archiv für Ziv. Prax., Bd. 141, Seite 257 ff.)
Weismann: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Bd. 1905.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. 1878.
Wilmowski L.: Kommentar zur Zivilprozeßordnung (alter Fassung) 7. Aufl. 1895.

RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
OLG	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte im Zivilsachen.
ZZP	=	Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
SA	=	Seufferts Archiv.
		Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht.

Einleitung.

Nach geltendem Recht beruht die Verpflichtung zum Schadensersatz auf dem Verschuldensprinzip, wobei sich die culpa im weiteren Sinne von der culpa levis bis zum Dolus erstreckt. Es verpflichtet demnach eine Ursache nur dann zum Schadensersatz, wenn sie verschuldet ist. Im Gesetz kommt dieses Prinzip auch in den beiden Hauptgruppen der Ersatzpflicht, der aus unerlaubten Handlungen und der aus der Verletzung von Pflichten innerhalb eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses zum Ausdruck.

Im Gegensatz zu dieser Maxime hat das Gesetz eine Reihe von Schadensersatzansprüchen unabhängig vom Verschulden normiert[1]). Während also regelmäßig aus erlaubten Handlungen grundsätzlich keine Schadensersatzpflicht entsteht, ist in einzelnen bestimmten Fällen doch derjenige, der eine solche Handlung vornimmt und dadurch verletzend in die Rechtsphäre eines anderen eingreift, durch besondere Gesetzesvorschriften für den entstandenen Schaden ersatzpflichtig gemacht. Die Haftung tritt hier unabhängig vom Verschulden ein, sie beruht auf dem Verursachungsprinzip alleinig.

Neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch[2]) enthält auch die Zivilprozeßordnung in den §§ 145 [3], 302 [4], 600, 717 [2], 945, 1042 c [2] derartige Bestimmungen.

Es handelt sich bei diesen um Fälle einer Schadensersatzpflicht des „Klägers" bzw. des Antragsgegners bei der einstweiligen Verfügung oder des Arrestklägers in solchen Verfahren; im ersten Falle wird auf Grund eines noch nicht endgültigen Urteils vollstreckt, in den beiden letzten Fällen auf Grund eines Beschlusses, der gewährt worden ist nach erfolgter Glaubhaftmachung, nicht schon Feststellung des Anspruchs.

Man spricht hier allgemein von Fällen einer Haftung für ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb und versteht darunter eine Haftung für Vollstreckungsmaßnahmen oder -handlungen, die auf Grund eines Vollstreckungstitels vorgenommen werden und nicht nachträglich durch eine konforme Endentscheidung sanktioniert werden.

Nicht mit einbezogen unter diese Begriffsbestimmung sind aber die Fälle einer aus formellen Gründen fehlerhaften Vollstreckungsmaßnahme, die z. B. vorliegen, wenn vollstreckt wird, obwohl ein gültiger und vollstreckbarer Titel nicht besteht, oder aber die Art und Weise der Zwangsvollstreckung andere Mängel aufweist. Es gehören hierher die Fälle einer Vollstreckung des Gerichtsvollziehers in nichthaftende Vermögensmassen des Schuldners, Pfändung unpfändbarer Sachen oder Verletzung der Vorschriften der §§ 750—752 ZPO.

Die so statuierte Haftpflicht geht, abgesehen von dem § 945, von der Basis eines für vorläufig vollstreckbaren Urteils aus, welches ja, wie schon sein Wortlaut zum Ausdruck bringt, noch der Möglichkeit der Auf-

1) z. B. das BGB. bei der Haftung für Zufall, für fremde Handlungen, für Tiere.
2) z. B. 228, 904, 917, 962.

hebung unterliegt. Soweit geht die gesetzliche Regelung in der Zivilprozeßordnung über Vollstreckungstitel, die Urteile sind — § 717, Abs. 2.

Mit der Existenz anderer Vollstreckungstitel als der vorläufig vollstreckbaren Urteile taucht die Frage auf, ob es sich bei den letztgenannten Fällen um eine lediglich durch Zweckmäßigkeitserwägungen veranlaßte, der analogen Ausdehnung schlechthin unfähigen Regelwidrigkeit oder um eine auf einem bestimmten gesetzgeberischen Grund beruhende Sonderregelung handelt. Diese Frage ist u. a. deshalb von so großer Bedeutung, weil, im Gegensatz zur Schadensersatzpflicht in den gesetzlich geregelten Fällen einer „ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung", eine Schadensersatzpflicht gegen den Antragsteller in den gesetzlich nicht geregelten Fällen allein im Rahmen der Deliktshaftung (§ 823, 826 BGB) zugebilligt wird, der Anspruch des Geschädigten in den letztgenannten Fällen aber gewöhnlich infolge der Unmöglichkeit des Gelingens der Beweisführung illusorisch ist.

Der Verfasser hat sich die Aufgabe gestellt, zu prüfen, ob die in § 717 II ZPO ausgesprochene unbedingte Schadenshaftung, also Haftung ohne Verschulden, auch auf *vollstreckbare Beschlüsse* ausdehnbar ist.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat in konsequenter Weise die analoge Ausdehnung der in § 717 II festgelegten unbedingten Schadensersatzpflicht abgelehnt. Der überwiegende Teil der Literatur hat sich dieser Stellungnahme angeschlossen.

Im Rahmen dieses Themas sollen speziell folgende Beschlüsse unter dem Gesichtspunkt der analogen Anwendung betrachtet werden:

1. Die Kostenfestsetzungsbeschlüsse.
2. Die eine Zwangsvollstreckung einstweilen einstellenden Beschlüsse.
3. Die „Beschlüsse" auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Wesentlicher Inhalt des § 717, Abs. 2 ZPO.

§ 717, Abs. 2 ZPO lautet:

„Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert, so ist der Kläger zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Der Beklagte kann den Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen; wird der Anspruch geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung und Leistung rechtshängig geworden, anzusehen."

Die Schadensersatzpflicht tritt also ein, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil [1]) *aufgehoben* oder *abgeändert* wird.

Von einer Abänderung [2]) spricht man in der Praxis [3]) gewöhnlich dann, wenn der Richter, der das zweite Urteil fällt, in der Sache selbst entschei-

1) Nach §§ 708 Nr. 1—6; 709. 710 und 534,56 ZPO. Dem vorläufig vollstreckbaren Urteil steht der Vollstreckungsbefehl gleich. (§ 700 ZPO.)

2) Hauptfälle der Abänderung: Bei Verzicht des Klägers auf den Klageanspruch und Verzichturteil nach § 306 ZPO, nachdem bereits eine Entscheidung zu seinen Gunsten ergangen ist; ferner § 343, 700, 537 ZPO, ferner §§ 564 Abs. 3, 323 ZPO; § 58 Abs. 4 ArbGG. Ebenso die Fälle des §§ 538 Ziffer 2—4 ZPO, da das Berufungsgericht in dem Streitpunkte eine abändernde Entscheidung trifft.

3) Baumbach § 537,4.

det, das Urteil also aufhebt und reformiert[4]). Von einer Aufhebung[5]) dagegen ist die Rede, wenn das Gericht das erste Urteil lediglich aufhebt, nicht reformiert, sondern die neue Entscheidung einem anderen Gericht überläßt. Wenngleich sich eine feste Grenze zwischen den beiden Begriffen nicht ziehen läßt, so entspricht ihre Gegenüberstellung dem Sprachgebrauch der ZPO[6]), die ihrerseits aber eine scharfe Trennung nicht vornimmt. Praktisch kommt es auch nicht darauf an, ob eine Abänderung oder eine Aufhebung des Urteils vorliegt; maßgebend ist allein, daß die frühere Entscheidung beseitigt oder abgeändert worden ist[7]). Worin die Abänderung besteht, ist gleichgültig. Es macht somit keinen Unterschied, ob der im ersten Rechtszuge obsiegende Kläger im zweiten Rechtsgange ganz oder teilweise abgewiesen[8]) oder der zunächst obsiegende Beklagte in der zweiten Instanz unterliegt. Desgleichen kann ein unbeschränktes Urteil in ein solches mit Vorbehalt der Haftungsbeschränkung umgewandelt werden[9]) oder auch an Stelle eines aufgehobenen unbedingten Urteils ein bedingtes Endurteil erlassen werden[10]).

Nicht notwendig braucht die Aufhebung oder Abänderung durch ein Urteil zu erfolgen. Wird der Bestand der Vorentscheidung beeinträchtigt, so genügt auch ein Beschluß[11]). In jedem Falle braucht aber die Aufhebung oder Abänderung nicht einmal durch eine richterliche Entscheidung zu erfolgen. So ist der Fall denkbar, daß der Kläger nach eingelegtem Rechtsmittel des Beklagten in der Verhandlung, vor dessen Verhandlung zur Hauptsache, die Klage zurück nimmt, weil ihm auf Grund nachträglich entstandener Einwendungen des Beklagten die Aufhebung seines Titels unabwendbar erscheint. Da ihn der Beklagte nicht daran hindern könnte, wäre es für ihn (den Beklagten) eine unbillige Härte, wollte man ihn, wenn er durch eine vom Kläger inzwischen vorgenommene Vollstreckung geschädigt worden ist, nur einen Rückerstattungsanspruch gegen letzteren gewähren. In einem solchen Falle wäre dem Kläger die beste Gelegenheit geboten, jedesmal dann, wenn eine unvermeidliche Abweisung seiner Klage bevorsteht, durch rechtzeitige Klagszurücknahme die sonst unausbleibliche Schadensersatzpflicht zu vereiteln. Endigt jedoch der Rechtsstreit durch Vergleich oder durch Erledigung der Hauptsache, dann tritt eine Schadensersatzpflicht nicht ein. Während nämlich bei der Klagszurücknahme der Anspruch als nicht rechtshängig gilt, erlischt hier der Rechtsstreit ex nunc, das heißt, die vorangegangenen Entscheidungen bleiben in ihrem Bestand unberührt. Die Parteien selbst entscheiden, inwieweit diesen noch Wirksamkeit zukommen soll.

Zwischenurteile, in denen über den Anspruch vorab entschieden wird, enthalten nicht schlechthin eine Aufhebung oder Abänderung eines angefochtenen, vorausgegangenen Urteils. Das Reichsgericht hat diese Frage für den Fall, daß das erste Urteil eine Verurteilung des Beklagten enthält, verneint[12]). Entscheidet dann das das zweite Urteil fällende Gericht zuvor über den Grund, so liegt darin keine Aufhebung des ersten Urteils,

---

4) §§ 538, 565 ZPO.
5) §§ 539, 564 II, 538 Ziffer 1 und 5, 565 Abs. 1, 276 ZPO.
6) Vergl. § 536 ZPO.
7) RG. in Seuff. Arch. 49 Nr. 137; JW. 1896, 249; RG. in RGZ 58, 236.
8) Siehe Seuff. Arch. 65 Nr. 59, S. 126.
9) §§ 786, 780 ZPO; vergl. LG. Köln Urteil v. 13. 4. 1901 in DJZ. 1901, S. 488.
10) A. A. Seuffert — Walsmann, § 717, 2c.
11) So bei der Aufhebung eines isolierten Kostenurteils, § 99 Abs. 3 ZPO.
12) RG. in JW. 1912, 149; RGZ 78, 238.

sondern es bereitet vielmehr nur das für den Fortbestand der Entscheidung maßgebende künftige Urteil durch die Vorwegerledigung eines einzelnen Elements des streitigen Anspruchs vor. Wenn dagegen das Erstgericht die Klage abweist und dabei nur über den Klagegrund entschieden hat, dann muß sich das Berufungsgericht mit einer Aufhebung bgenügen [13]). Sein aufhebendes Urteil ist dann kein Zwischenurteil über den Grund [14]). Hat aber das erstinstanzliche Urteil sowohl über den Grund, wie auch den Betrag entschieden und die Klage abgewiesen, so muß das Berufungsgericht selbst entscheiden. Erkennt es dabei in einem Zwischenurteil den Grund des Anspruchs als gerechtfertigt an, so stellt seine Entscheidung eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dar.

Der Ersatzanspruch entsteht bereits mit der Verkündung der aufhebenden oder abändernden Entscheidung [15]). Da dieser noch im anhängigen Rechtsstreite geltend gemacht werden und das aufhebende oder abändernde Urteil zugleich über den Schadensersatz entscheiden kann, braucht die neue Entscheidung weder vollstreckbar [16]), noch rechtskräftig [17]) sein.

Ueber den Inhalt der neuen Entscheidung bestimmt § 717, Abs. 2 ZPO nur, daß in ihr das frühere Urteil aufgehoben oder abgeändert werden muß. Die Aufhebung oder Abänderung muß die Entscheidung in der Hauptsache betreffen. Dagegen begründet eine Aufhebung der Vollstreckbarerklärung keinen Anspruch [18]) und noch weniger eine Entscheidung, die die Vollstreckbarerklärung lediglich abändert. Bildet jedoch die Vollstreckbarerklärung selbst den Gegenstand der sachlichen Entscheidung, so begründet auch ihre Aufhebung oder Abänderung einen Schadensersatzanspruch. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn es sich um die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils (§§ 722 ff. ZPO) oder eines Schiedsspruchs handelt (§ 1042 ff. ZPO) [19]).

Das Gesetz macht also die Schadensersatzpflicht von einem Eingriff in den für die Vollstreckung maßgeblichen Bestand des Schuldtitels abhängig. Die Grundlage der Vollstreckung muß beseitigt sein [20]), so daß die Vollstreckung sich nunmehr als überhaupt oder nach Art und Umfang unzulässig herausstellt. Die Aufhebung oder Abänderung kann aus sachlichen oder prozessualen Gründen erfolgen. Maßgebend allein ist die Tatsache der Aufhebung oder Abänderung [21]), so daß auch eine Aufhebung auf Grund einer prozeßhindernden Einrede oder wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung oder wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart genügt [22]).

Die im Entwurf III der Novelle des § 655 ZPO getroffene Bestimmung, daß eine Schadensersatzpflicht auch dann eintreten solle, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen eines Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben werde, ist im Reichstagsentwurf mit Recht weggefallen, denn man kann den Gläubiger nicht dafür verantwortlich machen, daß seine

---

13) § 538 Ziff. 3 ZPO.
14) Rosenberg S. 491, 1 c.
15) A. A. RG. in JW. 1906, S. 719.
16) Geib a. a. O., S. 110.
17) Kuttner S. 21, Geib S. 110 RG in RGZ 36, 374.
18) Stein-Jonas 14. Aufl. 1929 § 717 II 1; Struckmann-Koch § 717 IV. Begründung zu Novelle 98 (Hahn-Mugdan S. 135) RG in RGZ 23, 336; 25, 425; JW 1907, S. 519.
19) Geib S. 111. Es ergibt sich überdies aus § 104, 2 c ZPO, daß das Gesetz für solche Fälle den § 717 Abs. 2 ZPO angewendet wissen will.
20) RG. in Seuff. Arch. 49 Nr. 137.
21) Vergl. Albrecht S. 10, 11 und RG. in RGZ 58, 236 ff.
22) Kuttner S. 21, Geib S. 110.

„schließlich durch Richterspruch anerkannten Ansprüche“ zu früh vollstreckt worden sind.

Bei richtiger Durchführung der hier vertretenen Ansicht[23]) tritt die Schadensersatzpflicht auch dann ein, wenn die Aufhebung des Urteils auf Grund von Einwendungen erfolgt, die erst nach erfolgter Vollstreckung entstanden sind. Stein[24]) bestreitet dies. Da er den Rechtsgrund der unbedingten Schadenshaftung in der objektiven Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes sieht, muß er gezwungener Maßen zu diesem Ergebnis kommen. Nach der von ihm vertretenen Theorie kann eben ein Schadensersatz nur in Frage kommen, wenn der Vollstreckungsbetrieb im Widerspruch mit dem materiellen Rechte steht. Hat der Gläubiger vor den zur Aufhebung oder Abänderung des Titels führenden, nachträglichen Einwendungen des Schuldners vollstreckt, dann war der Vollstreckungsbetrieb in jenem Zeitpunkte noch rechtmäßig; er kann folglich keine Schadensersatzpflicht nach sich ziehen[25]).

Nicht immer obsiegt der Kläger in erster Instanz. Es kommt ebenso häufig vor, daß seine Klage abgewiesen wird und der Beklagte dann mit dem vorläufig vollstreckbaren Titel die ihm erwachsenen Prozeßkosten beizutreiben sucht. Wird nun ein solches Urteil im weiteren Verfahren wieder aufgehoben, d. h. also, der Klage stattgegeben, oder zu Gunsten des Klägers abgeändert, so hat der Beklagte zweifellos eine „ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung“ betrieben. Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürfte in einem solchen Falle dem „Kläger“ kein Ersatzanspruch zugesprochen werden, denn § 717, Abs. 2 ZPO spricht lediglich davon, daß zum Schadensersatz der „Kläger“ verpflichtet ist, wenn durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung dem „Beklagten“ ein Schaden entstanden ist. Wie wir in einem späteren Abschnitt sehen werden, beruht die unbedingte Schadensersatzpflicht gemäß § 717, Abs. 2 ZPO auf dem Gedanken, daß jeder, der mit einem noch nicht rechtskräftigen Titel vollstreckt, im Falle der Aufhebung oder Abänderung desselben für den dem Gegner entstandenen Schaden haften soll. Es wäre auch nicht erklärlich, weshalb der Beklagte, wenn er auf diese Weise dem Kläger Schaden zugefügt hat, nicht auch schadenersatzpflichtig sein sollte. Der Gesetzeswortlaut muß hier insoweit als unklar bezeichnet werden. Letzteres erscheint auch gerechtfertigt, denn der Kommissionsbericht[25]) zeigt, daß der Gesetzgeber lediglich mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der ZPO diese zweifellos zu enge Fassung gewählt hat. Da allein maßgebend ist, daß eine Vollstreckung erfolgt, ist § 717, Abs. 2 dahin auszulegen, daß unter „Kläger“ der Vollstreckungsgläubiger, unter „Beklagter“ der Vollstreckungsschuldner zu verstehen ist[26]).

---

23) Siehe Stellungnahme des Verfassers zur Frage des Rechtsgrundes der unbedingten Schadenshaftung (keine objektive Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebs.) Vergl. auch Albrecht a. a. O., S. 21 und Kuttner a. a. O., S. 23.

24) Stein a. a. O. 11. Aufl. 1913 Bd. 2 § 717 II, 1, ebenso in 14. Aufl. 1929 § 717, II, 2 mit Fußnote 25. Desgl. Fischer a. a. O., S. 46.

25) Vergl. Stein 14. Aufl. § 717, Anm. II, 2 Fußnote 28.

25) Vergl. Kommissionsbericht zu Novelle 98, S. 175; Hahn-Mugdan, S. 395.

26) Vergl. RG. in RGZ 49, 411 (414) „. . . ist die Bestimmung des § 717 Abs. 2 ZPO dahin auszulegen, daß, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, die auf Grund des letzteren Urteils unterliegende Partei zum Ersatz des Schadens . . . . verpflichtet ist . . .“

§ 717, Abs. 2 ZPO bestimmt nur, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht eintritt. Er umgrenzt also lediglich den Tatbestand, aus dem eine solche Verbindlichkeit erwächst. Art und Weise des Schadensersatzanspruchs bestimmen sich daher, da sie unbestrittenermaßen materiellrechtlicher Natur sind [27]), nach den im Bürgerlichen Gesetzbuch [28]) aufgestellten Grundsätzen. Demzufolge haftet der Vollstreckungsgläubiger nach den Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse, insbesondere den §§ 249 bis 255 BGB für jeden vorausgesehenen und nicht vorausgesehenen, für jeden verschuldeten und nicht verschuldeten, den mittelbaren und unmittelbaren sowie schließlich für den wirklichen Schaden und dem entgangenen Gewinn.

Mit Ausnahme von Kuttner [29]) und Albrecht [30]), welche gegen jede Zurückführung der Ersatzpflicht auf das eigene Verhalten des Gläubigers eintreten, verlangt die herrschende Lehre einen ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Handlung des vollstreckenden Gläubigers einerseits und des durch eine Gegenmaßnahme des Schuldners eintretenden Schadens. Es kann daher eine Verpflichtung zum Ersatz nicht eintreten, wenn der Schuldner lediglich deshalb hinterlegt, weil der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel besitzt oder die Erteilung eines solchen bevorsteht. In diesen Fällen steht der Schuldner nicht unter dem Drucke einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung. Letzteres ist erst dann der Fall, wenn der Gläubiger nach Erlaß des vollstreckbaren Urteils durch irgendwelche Handlungen, die die Befriedigung oder Sicherung seines im Titel festgestellten Anspruchs verfolgen, dem Schuldner Veranlassung gibt, durch eine Leistung die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verfolgen. Eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung liegt erst dann vor, wenn sie erfolgt ist, nachdem der Gläubiger daran gegangen ist, die Zwangsvollstreckung einzuleiten.

Ist durch die erfolgte Zwangsvollstreckung dem Schuldner ein Schaden entstanden, so haftet der Gläubiger auch dann, wenn die Vollstreckung nicht oder nur zum Teil zu seiner Befriedigung oder Sicherung geführt hat [31]).

Hat der Schuldner bei der Entstehung des durch die Vollstreckung entstandenen Schadens mitgewirkt, so können seine Ansprüche gemindert oder gar beseitigt werden. Da der Schadensersatzanspruch aus § 717, Abs. 2 ZPO materiellrechtlicher Natur ist, stehen nämlich dem Gläubiger sämtliche Einwendungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu, insbesondere die des § 254 BGB und die Aufrechnungseinrede [32]).

Die Frage nach der Zulässigkeit des Einwandes aus § 254 BGB war schon bei den Beratungen zur Zivilprozeßnovelle aufgeworfen worden [33]). Man wollte damals, um alle Zweifel darüber auszuschalten, ob durch die Anwendung des § 254 BGB die von der Zivilprozeßordnung erkannte Schadensersatzpflicht gänzlich beseitigt werden könne, die Möglichkeit der Anwendung des § 254 BGB durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung

27) Stein-Jonas 14. Aufl. § 717 ZPO Anm. II; Kuttner a. a. O., S. 17, RGZ 64, 283.
28) Vergl. RGZ 46, 87; 64, 283; 76, 406; 103, 353; Hans Albrecht Fischer a. a. O., S. 189
29) Kuttner a. a. O., S. 19.
30) Albrecht a. a. O., S. 10.
31) Stein-Jonas § 717 Abs. 2, 4 Abs. 2; RG. IV, Urteil v. 1. 11. 26 in „Die Rechtsprechung" 1927 Nr. 1, S. 49.
32) Vergl. RG. in RGZ 76, 406 insbes. S. 407 und 408.
33) Vergl. Kommissionsbericht, S. 170 ff. (Hahn-Mugdan, S. 391 ff.)

regeln. Der Antrag, dem § 717 ZPO einen diesbezüglichen Zusatz zu geben, wurde jedoch abgelehnt.

Im Gegensatz zu den uneingeschränkt zulässigen Aufrechnungseinreden gegen Schadensersatzansprüche aus § 717, Abs. 2 ZPO kann sich der „Kläger" auf § 254 BGB nur dann berufen, wenn der Beklagte während des Vollstreckungsbetriebes die Entstehung des Schadens mit verursacht [34]). Wohl ist es aber auch Sache des Vollstreckungsschuldners, den Gläubiger auf den durch eine Vollstreckung eintretenden, unverhältnismäßig hohen Schaden aufmerksam zu machen.

Die gesetzlich geregelten Fälle.

Es gibt eine Reihe von Vollstreckungstiteln, bei denen ebenfalls eine ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung möglich ist [1]). Die Zivilprozeßordnung hat aber nur für einige wenige dieser Fälle die gesetzliche Haftpflicht des Gläubigers ausdrücklich statuiert. Insbesondere wurde durch § 822 a des Entwurfes der bereits näher erörterte Grundsatz des § 717, Abs. 2 ZPO, daß derjenige, welcher von einem nicht endgültigen Titel Gebrauch macht, dem Gegner für den daraus entstehenden Schaden auch dann verantwortlich ist, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, auf den Arrest und die einstweilige Verfügung ausgedehnt [2]).

Die unbedingte Schadensersatzpflicht des Gläubigers wegen „ungerechtfertigter" Zwangsvollstreckung [3]) ist nur in folgenden Fällen in der ZPO gesetzlich geregelt:

1. Im § 302, Abs. 4 (§ 145, Abs. 3) ZPO:
   Bei der Vollstreckung aus einem unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergangenen Urteil, das im Nachverfahren über die Aufrechnung insoweit aufgehoben wird, als sich daraus die Unbegründetheit des Anspruchs des Klägers ergibt.
2. Im § 600, Abs. 2 ZPO:
   Bei der Vollstreckung aus einem unter Vorbehalt der Rechte des Beklagten im Urkunds- oder Wechselprozeß ergangenem Urteil, das im Nachverfahren insoweit aufgehoben wird, als sich darin die Unbegründetheit des Anspruchs des Klägers ergibt.

---

34) Der Beklagte ist nicht verpflichtet die Zwangsvollstreckung — insbesondere die Leistung eines Offenbarungseides oder seine Verhaftung — wegen eines geringfügigen Betrages durch dessen Zahlung abzuwenden. (So OLG. Hamburg in ROLG. 16, S. 287 und Seuff. Arch. 63, S. 481 Nr. 267).

1) Vergl. Baumbach ZPO, 12. Auflage 1936, § 717 Abs. 2 A. a) Vorläufige, der formellen Rechtskraft fähige Entscheidungen (z. B. § 104 Abs. 3, §§ 887, 793 ZPO); b) Auflösend bedingte Entscheidungen. (§§ 600, 302 ZPO, hier Haftung nach § 717 ZPO); c) Entscheidungen, die einem unbefristeten Rechtsbehelf (Beschwerde, Erinnerung) unterliegen und solche, die nach § 319 ZPO unbefristet berichtigungsfähig sind; d) Aenderung formell rechtskräftiger Titel (hier keine Ersatzpflicht aus 717 II, weil endgülige Entscheidung. Haftung des Gläubigers nur bei Verschulden. So auch E. Noak: M. d. RRAK. 1936, 97; e) Summarische Entscheidungen: Arreste, einstw. Verfügungen, einstweilige Einstellungen (§§ 572, 707, 732, 766, 769 ZPO); f) Rechtsgeschäfte als Vollstreckungstitel (z. B. 794 Nr. 1 ZPO, 794 Nr. 5 ZPO); g) Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO); h) Widerspruchsklage (§ 771 ZPO); i) Vorpfändung gemäß § 845 ZPO.

2) Vergleiche Materialien, Beilage z. Zeitschrift f. dtsch. Zivilprozeß 24, 149 ff (zu § 274 d. Entw.), 24, 204 (zu § 655 des Entwurfs), 24, 270 (zu § 822 a des Entwurfs); vergl. auch Stein-Jonas, Kom. ZPO 1934, Anm. I zu § 945.

3) „ungerechtfertigt", so die übliche Bezeichnung für diese Fälle. So z. B. Hubernagel in Mitteilungen der Reichs-Rechtsanwaltskammer 1936 Nr. 9, S. 150.

3. Im § 945 ZPO:
Bei der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, die sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder, wenn die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926, Abs. 2 oder des § 942, Abs. 3 aufgehoben wird.

4. Im § 1042 c, Abs. 2:
Bei der Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Beschlusse, durch den ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt und der Beschluß aufgehoben oder abgeändert wird.

Analogie im allgemeinen.

Kein Gesetz kann den Anspruch erheben, für alle im täglichen Leben vorkommenden Fälle eine genau passende Regelung zu enthalten. Dies erklärt sich einmal aus der Art und Weise, in der der Gesetzgeber bei der Abfassung der Gesetze vorzugehen hat. Er muß, soll das Gesetz nicht unübersichtlich und unhandlich werden, abstrakte, vom Einzelfalle losgelöste, generelle Regeln aufstellen, unter die die einzelnen Vorgänge einzuordnen Schwierigkeiten bereitet. Außerdem ist auch die Materie des sozialen Lebens, des Zusammenwirkens der Volksgenossen eines bestimmten Staates derart vielseitig und erzeugt im Kreislauf des Geschehens fortwährend neue wirtschaftliche Tatbestände, die der rechtlichen Regelung bedürfen. Selbst der sorgsamste Gesetzgeber kann diese zur Zeit der Emanation eines bestimmten, noch so erschöpfend gedachten Gesetzeswerkes gar nicht überschauen, viel weniger noch voraussehen [1]).

Das All der Möglichkeiten, die sich in einem gegebenen Zeitpunkte einstellen können, läßt sich mit dem Mittel der technischen Ausarbeitung nie erschöpfen, denn „der Begriff des geformten Rechtes trägt das Merkmal der Begrenztheit notwendigerweise in sich. Indem dort gewisse begrenzte Aenderungen einer gegebenen Zwecksetzung als rechtliche Voraussetzung vorgestellt werden, um daran bestimmte Folgen zu knüpfen, muß alles im Rahmen eines zweifellos beschränkten Rechtsinhalts verbleiben" [1a]).

Das positive, auf Tatbestände zugeschnittene Gesetz wird immer lückenhaft sein. Trotzdem verlangt das Leben auf jede auftauchende Rechtsfrage eine Antwort und der Richter ist, wenn die Frage überhaupt seiner Beurteilung untersteht, verpflichtet, die Antwort zu geben, d. h. Recht zu sprechen. Er muß dabei in erster Linie aus dem Geiste des Gesetzes selbst schöpfen, aus den Prinzipien und allgemeinen Strebungen, namentlich den Interessenwertungen, die sich in seinen Vorschriften offenbaren. Diese Rechtsfindung aus dem Gesetz nennen wir Analogie. Sie besteht demnach in der „Anwendung eines Rechtssatzes, den das Gesetz oder die Rechtsordnung für einen bestimmten Tatbestand aufstellt, auf einen anderen, mit ihm aber in den wesentlichen Bestimmungen übereinstimmenden", also „rechtsähnlichen Tatbestand wegen Gleichheit des Rechtsgrundes" [1b]).

---

1) Vergl. Bovensiepen a. a. O., S. 134.
1a) Stammler R., Theorie der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1911, 7. Abschn. D 16, S. 641.
1b) Bovensiepen a. a. O., S. 133.

Wie aus vorstehendem erhellt, führt die Analogie nicht über das Recht hinaus, nie zur Ausfüllung von Lücken des Rechts, wohl aber zu solcher der Gesetze. Sie zeigt, daß die gesetzliche Bestimmung fälschlich an eine Spezies anstatt an die Gattung geknüpft ist und daß sie folglich über die engen Grenzen, die sie sich selbst setzte, ausgedehnt werden muß. Sie ist die Ablösung eines seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner lokalen historischen Erscheinungsform [2]). Die Analogie führt über das Gesetz hinaus zur Erschließung einer Regel, zur Findung eines allgemeinen Rechtsprinzips [3]), m. a. W. zur Aufdeckung eines latenten Rechtssatzes [4]).

Erkennt man nämlich den Rechtssatz, von dem die Analogie ihren Ausgang nimmt, als Folge eines Prinzips und fehlt es an allen Rechtsgründen für eine abweichende gesetzgeberische Behandlung gerade dieser Folge, so ergibt sich der Schluß, daß es im Willen des Rechts liegt, durch die Sanktion der Folge das Prinzip zu sanktionieren. Ist aber die Sanktion der Folge eine schlüssige Handlung für die Sanktion des Prinzips, so ist das Prinzip rechtens und Binding [5]) folgert sodann aus dem gefundenen Rechtssatz weitere Rechtssätze, „die sich zu dem Rechtssatz, der den Ausgangspunkt bildete, verhalten wie Bruder- und Schwester-Rechtssätze“ [6]).

Die hier aufgezeigte Zerlegung des Analogieverfahrens gilt grundsätzlich für beide Arten der Analogie, für die Gesetzes-, wie für die Rechtsanalogie.

Die Gesetzesanalogie geht von einem einzelnen Rechtssatz aus. Sie entwickelt dessen Grundgedanken und wendet unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen den so geläuterten auf alle Fälle an, die unter ihn fallen, sich also von dem gesetzlich festgelegten nur in unwesentlichen, die Regel nicht berührenden Punkten unterscheidet [7]).

Die Rechtsanalogie dagegen nimmt ihren Ausgang von mehreren Rechtssätzen. Sie erforscht deren gemeinsamen Rechtsgrundgedanken und reiht die unter das allgemeine Prinzip fallenden, vom Gesetz noch nicht erfaßten Fälle unter die gesetzlich geregelten ein.

Daraus ergibt sich, daß der Unterschied zwischen den Arten der Analogie lediglich auf einer Verschiedenheit in der „Quantität der Ausgangspunkte“ [10]) beruht. Ein qualitativer Unterschied zwischen beiden Arten läßt sich jedoch nicht nachweisen. Die Behauptung, die Rechtsanalogie arbeite stets unsicherer als die Gesetzesanalogie, wird wegen der Breite des Ausgangspunktes nicht zu begründen sein [11]).

Wenn man für praktische Zwecke die Brauchbarkeit einer Zweiteilung der Analogie bejahen kann [12]), [13]), so wird dadurch aber ein grundsätzlicher Unterschied nicht begründet [14]).

---

2) Ihering, Geist d. römischen Rechts 2. Aufl. Teil 2, Bd. 2, S. 326, Leipzig 1866.

3) Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, allgem. Teil, Berlin 1926, S. 12, II; Thöl, Einleitg. i. d. deutsche Privatrecht, Göttingen 1851, S. 154.

4) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885, S. 214.

5) Vergl. Binding Handb., (s. 4), S. 215.

6) Vergl. Binding Handb., S. 216.

7) Enneccerus, a. a. O., I § 53 II 1a.

10) Binding Handb., S. 217, ebenso: Thöl, S. 155; Becker, S. 148; Eick, S. 30.

11) Vergl. Binding, a. a. O., Handb., S. 217.

12) Vergl. Binding Handb., S. 216; A. A. Rumpf, a. a. O., S. 145,

13) Meistens wird dem Richter die Gesetzesanalogie wegen ihres einen und meist naheliegenden Ausgangspunktes einen leichteren und rascheren, wenn auch nicht sicheren Anhaltspunkt gewähren können, als die mitunter etwas entlegene Rechtsanalogie.

14) Nicht Rechtsanalogie, sondern im Grunde genommen vielfach Gesetzesanalogie liegt dann

Wichtiger ist die genaue Unterscheidung und Abgrenzung der **Analogie** von der **extensiven Interpretation** — ausdehnenden Auslegung — wie sie von der herrschenden Meinung gefordert wird [15]).

Es muß aber vorweg festgestellt werden, daß sprachlich Auslegung als Oberbegriff für Analogie und Auslegung i. e. S., d. h. Klarlegung des wirklichen Gesetzesinhalts, aufgestellt werden kann, daß es sich hier aber um die beiden Unterbegriffe und deren Unterscheidung handelt.

Wie oben ausgeführt, besteht die Analogietätigkeit in der Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes. Demgegenüber kann durch die ausdehnende Auslegung nie eine Lücke im Gesetz beseitigt werden; sie bringt den Willen des Gesetzes gegenüber seinem zu engen Wortlaut zum Ausdruck, hat also nur da einzugreifen, wo das Wort nicht im ganzen Umfange den ihm innewohnenden Gedanken zum Ausdruck bringt. Der Unterschied zwischen beiden besteht also darin, daß die Analogie stets über das geschriebene Gesetz hinausgeht, die Auslegung sich aber streng innerhalb seiner Schranken halten muß. Darum ist die Analogie Anwendung, nicht aber Auslegung des Gesetzes.

Eick [16]) meint, es sei Aufgabe der extensiven Interpretation, ein Gesetz auf die Fälle auszudehnen, die wegen Gleichheit des im Gesetz genannten Grundes die gleiche Behandlung zu erfahren hätten. Er unterscheidet selbständig bestehende Prinzipien und solche, die im Gesetz ausgesprochen sind und kommt damit zu einer der herrschenden Meinung fremden Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung. Seine Behauptung ist abzulehnen. Er rechnet die Anwendung von im Gesetz ausgesprochenen Grundsätzen noch zur ausdehnenden Auslegung und übersieht dabei, daß nicht allein das „Objekt der Tätigkeit" [17]), vielmehr auch Voraussetzung und Erfolg des Tätigwerdens verschieden sind. Der Analogieschluß setzt eben eine Lücke voraus, die ausgefüllt werden muß, während durch die Auslegung klargestellt wird, welche Fälle unter die betreffende Gesetzesbestimmung fallen.

Stets setzt die Analogie da ein, wo die extensive Interpretation endet und wo das aus dem Gesetz gewonnene Prinzip gründende, aber über das Gesetz hinausgehende Rechtsanwendung für den Einzelfall beginnt. Allerdings wird es in vielen Fällen Zweifeln unterliegen, ob noch ausdehnende Gesetzesauslegung vorliegt oder bereits Analogie [18]).

Die grundsätzliche **Zulässigkeit der Analogie** ist unzweifelhaft. Sie beruht auf dem Gemeinwillen, der gesetzlich ausgesprochen sein kann, nicht aber zu sein braucht [19]). Im letzteren Falle beruht die Zulässigkeit analoger Rechtsanwendung auf Gewohnheitsrecht, d. h. im Rechtsleben unmittelbar hervortretender Rechte.

Ein allgemeines gesetzliches Prinzip kann der Gesetzgeber nie mit solcher Klarheit in einem Rechtssatze aussprechen, daß sich aus diesem Satze durch einfache Schlußfolgerung die Konsequenzen für alle besonders gearteten, von dem betreffenden Prinzip beherrschten Fällen entwickeln lassen. Es ist

---

vor, wenn ein Inbegriff vom Rechtssätzen auf ein anderes Institut angewendet wird; vergl. Enneccerus, Lb. d. B. Rechts 1931, Teil I, Seite 154, Fußnote 17.

15) Ennecc., Kipp.-Wolff, Lehrb. Bürgerl. R. I, 1, 12. Bearbeitg. 1928 § 53 II, 2; Eick, a. a. O., S. 19.

16) a. a. O., S. 23.

17) Eick, a. a. O., S. 24.

18) Die Unterscheidung zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung war praktisch bedeutsam im Strafrecht, für § 2 StGB., da dieser bei Vorschriften die eine Strafe festsetzen, zwar die Analogie, nicht aber die ausdehnende Auslegung verbucht!

19) Vergl. Ennecc., Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts, I. Teil, 1931, S. 155.

auch nicht seine Aufgabe, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen [20]). Es ist vielmehr Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der (die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifender Kraft betätigenden) Judikatur die (nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert in dem Gesetze ausgesprochenen) Grundprinzipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die den Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen, unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden [21]). Die Analogie schöpft ihre Berechtigung aus dem allen Rechten zu Grunde liegenden Satz, daß Gleiches gleich zu beurteilen sei [22]).

Es liegt in der Absicht des Rechtswillens, der ihm gestellten Aufgabe allseitiger Beherrschung der Lebensverhältnisse möglichst zu genügen, also möglichst lückenloses Recht zu sein. Im Wesen des Rechts und der Gerechtigkeit liegt es auch, gleichartige Lebenserscheinungen gleichmäßig behandeln zu wollen [22]). Es muß daher auch im Willen des Gesetzgebers liegen, unter bestimmten Voraussetzungen die Sanktion eines beschränkten Rechtsgedankens als Sanktion des Prinzips, dessen einzelne Konsequenz dieser Rechtsgedanke ist, zu deuten [23]).

Von altersher ist die Zulässigkeit der Analogie gewohnheitsrechtlich anerkannt, in manchen Gesetzbüchern sogar direkt oder indirekt ausgesprochen [24]). Auch der 1. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches enthielt als § 1 die Vorschrift:

> „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechend Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend“ [25]).

Von der 2. Kommission wurde diese Vorschrift mit Recht gestrichen, indem man davon ausging, daß es zur Handhabung der Analogie einer eigenen gesetzlichen Ermächtigung nicht bedürfe, zumal Analogie und Auslegung im engsten Zusammenhang miteinander stünden [26]).

„Vermöge der Einheit des Rechts und des Lebens versteht es sich von selbst, daß für die nicht eigens normierten Verhältnisse die Normen über verwandte Verhältnisse mit den durch die Verschiedenheit beider gebotenen Beschränkungen gelten, und eine positive Vorschrift hat hier nur Sinn, wenn sie für bestimmte Verhältnisse die analoge Anwendung der Normen über bestimmte andere Verhältnisse vorschreibt [27]).

Gleich anderen neuen Gesetzen bestimmen das BGB und die ZPO vielfach die entsprechende Anwendung [28]) der für ein bestimmtes Verhältnis geltenden Normen auf ein anderes. Es vollzieht dadurch eine eigene Normierung dieses Verhältnisses, die aber eine mittelbare und unvollständige ist. Sie ist eine mittelbare, weil sie auf die Normierung eines verwandten

---

20) Vergl. RG. in RGZ 24/49 f.
21) RG. in RGZ 24/50.
22) Vergl. Regelsberger, a. a. O., S. 52: „Sie (die Analogie) schöpft ihre Berechtigung aus dem allen Rechten zu Grunde liegenden Satz, daß Gleiches gleich zu beurteilen sei.“
23) Binding, a. a. O., S. 214.
24) so CC. Art. 4; Pr. L. R. Einl. § 49;
25) s. Prot.
26) Prot. I, S. 2.
27) Hölder, a. a. O., S. 22.
28) BGB §§ 581 II, 515, 1915; ZPO §§ 283 II, 346, 347, 477, 520, 557, 795, 145, 600, 936, 1042 c II.

Verhältnisses verweist. Sie ist eine unvollständige, weil sie nicht bestimmt, welchen Beschränkungen die für jenes Verhältnis geltenden Normen in ihrer Anwendung auf das andere, durch dessen Verschiedenheit von jenem unterliegen.

„Die Gesetzes- wie Rechtsanalogie — und dies als Ableitung einer Entscheidungsnorm aus mehreren Rechtssätzen oder Konsequenzen solcher — gehört der Praxis an. Die Zulässigkeit dieses nicht bloß im Gebiete des Rechts und nicht bloß im Gebiete des deutschen Rechts bekannten Verfahrens kann mit triftigen Gründen nicht bestritten werden" [29]).

Die Berechtigung eines bestimmten Analogieschlusses hängt aber davon ab, daß sich die Fälle nur in für diese Vorschrift unwesentlichen Bestimmungen unterscheiden und daß mit ihm ein vernünftiges Ergebnis erzielt wird. Ist die Abweichung dagegen, was mitunter keineswegs auf den ersten Blick erkennbar ist, erheblich, so ist die Analogie unstatthaft und es ergibt sich die Nichtanwendbarkeit des scheinbar zutreffenden Rechtssatzes durch Umkehrschluß, per argumentum e contrario. In solchen Fällen wollte der Gesetzgeber gerade die engere Fassung, um eine entsprechende Anwendung wenigstens für die ihm bekannten und vorschwebenden Fälle auszuschließen. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz eine Anzahl bestimmter Fälle kasuistisch aufzählt. In diesen Fällen ist nämlich die Aufzählung als vollständig und abschließend anzusehen. Dem Gesetzgeber kam es auf die Sicherheit des Rechtszustandes und dessen Unabhängigkeit von der richterlichen Meinung an.

Das ius singulare und die analoge Anwendung wird aus Zweckmäßigkeitsgründen in einem späteren Abschnitt behandelt. Es sei aber hier bereits gesagt, daß selbst bei Sondervorschriften (singulärem Recht) der Ausschluß jeglicher Analogie nicht gerechtfertigt ist.

Der Rechtsgrund des § 717, Abs. 2 ZPO.

Bei der Frage nach dem Rechtsgrund der unbedingten Schadenshaftung aus § 717, Abs. 2 ZPO (sowie der gleichartig gelagerten gesetzlich geregelten Fälle) [1]) stößt man in der Literatur und Rechtsprechung auf einen lebhaften Streit.

Einerseits handelt der Gläubiger auf Grund einer vom Gericht, also vom Staate ausgestellten vollstreckbaren Ausfertigung, andererseits haftet er dem Beklagten unbedingt, also ohne Verschulden, trotz seines zweifellos prozeßordnungsmäßigen Vorgehens. Es entspricht einerseits der Billigkeit, den im weiteren Verfahren unterlegenen Kläger für den durch die Vollstreckung angerichteten Schaden verantwortlich zu machen, andererseits entstehen aber dennoch Bedenken, ihn, der nicht im Wege der Selbsthilfe sein Recht gesucht hat, sondern mit Hilfe eines vom Gesetz gegebenen Rechtsbehelfes, für den gesamten Schaden haftbar zu machen. Die Zivilprozeßordnung duldet nicht nur die Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Titeln, sie gibt dem Kläger sogar einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat auf Vollstreckung. Es liegt hier einer der Fälle vor, in denen der Handelnde kraft Gesetzes ohne Verschulden haftet.

---

29) Staudinger, Kom. zum BGB, 9. Aufl. 1925, S. 20 f.

1) §§ 302 Abs. 4 (145 Abs. 3, 600 Abs. 2) 945, 1042 c II ZPO.

Man ist sich darüber einig, daß der Grund der Haftung keine unerlaubte Handlung im engeren Sinne ist, da hier von einem Verschulden des Gläubigers nicht die Rede ist, während doch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches [2]) grundsätzlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzen.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch in seinem 25. Titel (Unerlaubte Handlungen) auch Schadensersatzpflichten ohne Verschulden statuiert hat [3]), suchte man den Gedanken der unerlaubten Handlungen in weiterem Sinne auf die fraglichen Vorschriften der ZPO anzuwenden. Die herrschende Meinung hat sich dann auch auf den Standpunkt der objektiven Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes gestellt und an diesem Standpunkt festgehalten.

Mit Ausnahme weniger Schriftsteller [3a]) ist man sich auch darüber einig, daß die Schadensersatzpflicht durch Vollstreckung oder Androhung derselben, somit durch eine Handlung des Gläubigers hervorgerufen wird.

Gegen jeglichen Versuch der Zurückführung der Ersatzpflicht auf das eigene Verhalten des Gläubigers wendet sich Kuttner [4]), der sich darauf beruft, daß der Gläubiger schon dann Ersatz zu leisten habe, wenn das Urteil von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar erklärt werde und der Beklagte zur Abwendung der Vollstreckung leiste, ohne daß der Gläubiger es überhaupt nur unternimmt, eine Vollstreckungsart einzuleiten. Er sieht den Grund der Schadenshaftung in der formalen Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Titels, unabhängig davon, aus welchen Gründen die Aufhebung oder Abänderung erfolgt [5]). Seine Ansicht teilt Albrecht [6]) in Anlehnung an das Urteil des Reichsgerichts vom 19. März 1902 [7]), in dem ausgesprochen ist:

> „Der Rechtsgrund für den Schadensersatzanspruch liegt in der prozessualen Tatsache, daß das vorläufig vollstreckbare Urteil aufgehoben oder abgeändert ist, daß somit der Vollstreckungstitel nicht mehr oder nicht mehr in dem früheren Umfange besteht."

Weiter berufen sich beide auf die Ausführungen des Urteils vom 6. Juni 1904 [8]), in dem ausgeführt wird: „In den §§ 717, 302, 600 ZPO ist als Voraussetzung der Schadensersatzpflicht schlechthin bezeichnet, daß die betreffende frühere Entscheidung aufgehoben wird, wonach also lediglich die Tatsache der Aufhebung entscheidet."

Nach Kuttner handelt es sich hier nur um bloße Tatbestandsmerkmale, oder wie er sich ausdrückt, um eine „privatrechtliche Nebenwirkung des Urteils". Er gelangt auf Grund seiner Lehre zu dem Ergebnis, daß eine Schadensersatzpflicht auch dann entstehe, wenn die Aufhebung des Titels auf Grund von Einwendungen erfolgte, die erst nach seiner Erlassung entstanden waren.

Das Reichsgericht hat die in der Entscheidung vom 19. 3. 1902 vertretene Ansicht, auf die Kuttner und Albrecht bauen, wieder aufgegeben.

---

2) §§ 823 ff. (mit Ausnahme der Bestimmungen der Gefährdungshaftung).
3) §§ 829, 833 und 835 (aufgehoben: RGBl. 1934 I, S. 564).
3a) Kuttner, a. a. O.; Albrecht, a. a. O.
4) a. a. O., S. 19.
5) a. a. O., S. 17.
6) a. a. O., S. 10.
7) JW 1902, S. 254.
8) RGZ 58, S. 236.

Kuttners Erklärung für den Rechtsgrund der Haftung des Gläubigers hat in der Wissenschaft am wenigsten Anklang gefunden. Es ist an sich nichts dagegen einzuwenden, wenn er den Haftungsgrund lediglich an die Tatsache der Aufhebung des Urteils schließt, denn dies sagt ja das Gesetz selbst. Er und mit ihm Albrecht verkennen aber den Unterschied zwischen Rechtsgrund und Voraussetzung. Sie übersehen, daß dort [9]) nur von der Aufhebung als „Voraussetzung" der Schadensersatzpflicht in den Fällen der §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO die Rede ist und nicht ausgeführt wird, daß der Rechtsgrund der Haftung in der Aufhebung zu erblicken ist.

Wäre die Tatsache der Aufhebung oder Abänderung des Vollstreckungstitels allein für den Eintritt der Schadensersatzpflicht entscheidend, so müßte eine solche folgerichtig bei jeder Aufhebung eines Vollstreckungstitels eintreten. Dabei kommt aber im Falle der Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils eine Schadensersatzpflicht nur dann in Frage, wenn die Aufhebung auf schuldhaftem Verhalten des Gläubigers beruht. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre [10]) gewährt Kuttner einen Ersatzanspruch auch dann, wenn der Schuldner hinterlegt hat, obwohl der Gläubiger nichts unternommen hat, was geeignet war, den Anschein einer bevorstehenden Vollstreckung zu erwecken. Diese unhaltbare Konsequenz muß gegen seine Theorie sprechen, denn auch dieser Schaden muß, weil er im Kausalzusammenhang mit der Ausübung des Vollstreckungsrechtes steht, durch eine Handlung des Gläubigers hervorgerufen worden sein.

Kuttners Theorie ist somit nicht geeignet, den Rechtsgrund der unbedingten Haftung zu erklären.

Die herrschende Meinung sieht den Rechtsgrund der Schadenshaftung in der objektiven Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Gläubigers. Infolge ihrer verschiedenen Ansichten von der Bedeutung des materiellen Anspruchs im Vollstreckungsrecht und ihres Standpunktes zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, als dessen Erscheinungsform der uns hier besonders interessierende Vollstreckungsanspruch anzusehen ist, gehen die einzelnen Schriftsteller in ihren Begründungen auseinander. Für die weiteren Untersuchungen ist es daher zweckmäßig, kurz auf das Wesen des Vollstreckungsanspruches einzugehen.

Der Staat allein ist das vollstreckende Subjekt; er hat sich das Recht zum Zwange vorbehalten und dafür dem Schuldner einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf den Zwang eingeräumt [11]). Letzterer — der Vollstreckungsanspruch — richtet sich gegen den Staat mit dem Ziel der Betätigung der staatlichen Zwangsgewalt gegen den Schuldner im Interesse des Gläubigers. Dieses Recht des Schuldners wird also durch seine Geltendmachung [12]) gegenüber dem Staat aus einer potentiellen zu einer aktuellen Zwangsgewalt des Staates gegenüber dem Schuldner.

Der Vollstreckungsanspruch unterscheidet sich grundsätzlich vom vollstreckbaren Anspruch. Ersterer richtet sich gegen den Staat und hat die Vornahme der Vollstreckungshandlung zum Gegenstand, letzterer hingegen richtet sich gegen den Schuldner und bezieht sich auf die im Titel bestimmte Leistung,

---

9) Entsch. vom 6. Juni 1904 (RGZ 58/236).
10) Stein-Jonas, § 717 II ZPO 12. u. 13. Aufl. 1926; Seuffert: Komm. ZPO. 11. Aufl. 1911.
11) Vergl. Binding, 2. Aufl. I/483 ff.
12) nämlich auf seinen Antrag hin.

besser gesagt, festgestellten Ansprüche. Da der Vollstreckungsanspruch ferner auf Grund und im Rahmen des Vollstreckungstitels entsteht, ist dieser öffentlich-rechtlicher und formeller Natur, nicht dagegen der vollstreckbare Anspruch, denn dieser entspringt meist dem privaten, stets aber dem materiellen Recht.

Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Vollstreckung setzt einen vollstreckbaren Anspruch voraus. Hat daher der Gläubiger zunächst nur ein privates Forderungsrecht gegen den Schuldner, so tritt nach dessen Verurteilung das gegen den Staat gerichtete Recht des Gläubigers auf den Zwang zu seinem ersten Anspruch hinzu und bringt zugleich die Befugnis des Staates zum Zwang gegen den Schuldner zur Entstehung.

Im Falle des § 717 II ZPO hat nun ein Vollstreckungsanspruch ohne einen endgültigen festgestellten vollstreckbaren Anspruch bestanden[13]). Mit der in dieser Besonderheit wurzelnden Frage der Unabhängigkeit oder Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom vollstreckbaren Anspruch beschäftigen sich notgedrungen die einzelnen Vertreter der Theorien der objektiven Widerrechtlichkeit. Wir werden sehen, daß die verschiedenen Ansichten von der vollkommenen Unabhängigkeit bis zur ebenso vollkommenen Abhängigkeit beider Ansprüche führen. Zwischen beiden Extremen wird vielfach so vermittelt, daß dem materiellen Anspruch bald mehr, bald weniger Bedeutung für das Vollstreckungsrecht zuerkannt wird.

H e l l w i g geht von der Unabhängigkeit der Zwangsvollstreckung vom materiellen Recht aus[14]) und meint, da der Vollstreckungstitel nur den Vollstreckungsorganen gegenüber ein Recht des Gläubigers auf die Exekution begründe, sei es sehr wohl möglich, daß dem Schuldner gegenüber die Ausübung dieses Rechts als Unrecht erscheine, das zum Schadensersatz verpflichte. Er trennt also den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Staat von dessen privatrechtlichem Anspruch gegen den Schuldner. Beide seien voneinander unabhängig. Die Entstehung des Vollstreckungsanspruchs wird nicht dadurch gehindert, daß eine Forderung gegen den Schuldner nicht vorhanden ist, auch nicht dadurch, daß bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung deren Voraussetzungen mit Unrecht als gegeben angenommen wurden[15]).

S t e i n[16]) geht in ähnlicher Weise wie Hellwig davon aus, daß das Recht des Gläubigers auf die Vollstreckung nur auf dem Titel und nicht auf dem Anspruch beruhe. Da nach seiner Ansicht der Titel nur ein Recht gegen den Staat gewährt, handelt der Gläubiger, wenn der materielle Anspruch fehlt, dem Staat gegenüber rechtmäßig, dem Schuldner gegenüber rechtswidrig.

Die übertriebene Trennung der beiden Begriffe hat bereits G e i b[17]) bekämpft. Er hat zugleich versucht, den natürlichen, wohl auch dem Nichtjuristen einleuchtenden Zusammenhang zwischen Vollstreckungsrecht einerseits und dem materiellen Anspruche andererseits wieder herzustellen[18]). Er ist der Ansicht, daß in dem Vollstreckungsbegehren eine „doppelte Aktion" des Gläubigers enthalten sei:

13) Das muß auch vermutet werden, wenn gegen das aufhebende Urteil kein Rechtsmittel mehr eingelegt wird.

14) Hellwig: Anspr. u. Klagerecht 149.

15) a. a. O., Anspruch u. Klagerecht, S. 491/492.

16) a. a. O., S. 18 ff.

17) Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung, S. 43 ff.

18) Das ist ihm aber nicht gelungen.

Erstens mache der Gläubiger dem Staate gegenüber sein Rechtsschutzbegehren geltend.

Zweitens bestätige er in Form dieses Rechtsschutzbegehrens gleichzeitig dem Schuldner gegenüber die Erzwingbarkeit seines Anspruchs [19]).

Der Schuldner, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben werde, bekomme daher die Ausübung eines doppelten Rechtes zu spüren, nämlich:

1. das des gläubigerischen Leistungsanspruchs und
2. das der Zwangsgewalt des Staates.

Da im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner der Vollstreckungsbetrieb nichts anderes als Betätigung des materiellen Anspruchs sei, befinde sich der Gläubiger dem Schuldner gegenüber mit seinem Vollstreckungsbetrieb nur insoweit im Recht, als ein materieller Anspruch reiche. Er tue daher in Ermangelung eines solchen Anspruchs durch den Exekutionsbetrieb dem Schuldner objektives Unrecht, selbst wenn er durch den Vollstreckungstitel das publizistische Recht dem Staate gegenüber auf Entfesselung der staatlichen Zwangsgewalt erlangt und diese seine Befugnis formell ordnungsgemäß ausgeübt haben sollte. „Demnach findet die eigentümliche Erscheinung, daß eine publizistisch rechtmäßige Vollstreckungshandlung privatrechtlich rechtswidrig sein und deshalb den Vollstreckungsgläubiger ersatzpflichtig machen kann, einzig und allein ihre volle Erklärung durch die im Exekutionsverfahren gleichermaßen wie im Erkenntnisverfahren enthaltene Kombination zivilrechtlicher Anspruchsbetätigung und obrigkeitlicher Machtentfaltung“ [20]). Geib kommt also zu dem selben Schlusse wie Hellwig, daß eine publizistisch rechtmäßige Vollstreckungshandlung gleichzeitig privatrechtlich rechtswidrig sein kann, ein Ergebnis, das er an anderer Stelle selbst als logischen Widerspruch bezeichnet [21]).

Goldschmidt [22]) hat über das Problem der Widerrechtlichkeit des prozeßordnungsmäßigen, aber materiell ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes eine Zusammenstellung derselben in seiner Schrift: „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“, vorgenommen. Er bekämpft dort eingehend die Lösungsversuche von Hellwig und Geib [23]). Ihre Erklärung, die sie für die rätselhafte Erscheinung gleichzeitiger Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit scheinbar einer und derselben Vollstreckungshandlung“ [24]) geben, weist er zurück mit der Begründung, daß eine und dieselbe Handlung unmöglich gleichzeitig publizistisch rechtmäßig, aber privatrechtlich rechtswidrig sein könne. Er geht davon aus, daß das publizistische Vollstreckungsrecht nicht abstrakt, sondern ein Recht mit konkretem Inhalt sei, was zur Folge habe, daß der Privatrechtsanspruch im Verhältnis zum Vollstreckungsanspruch mindestens die Bedeutung einer materiellen Causa haben müsse. Da nun aber jeder Titel, vor allem die Vollstreckungstitel bei den vollstreckbaren Urkunden mehr oder weniger ausdrücklich auf den Privatanspruch Bezug nehmen, müsse der Privatrechtsanspruch für den Vollstreckungsanspruch nicht

---

19) Geib, S. 67 ff. (Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909).

20) Vergl. Geib a. a. O., S. 68.

21) Geib a. a. O., S. 43.

22) a. a. O.

23) Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, in Fischers Abhandlungen, Bd. 20, Heft 3, S. 1—25 u. 27 ff.

24) Geib a. a. O., S. 237.

nur die Bedeutung einer materiellen Causa haben, sondern sogar unmittelbar im formalrechtlichen Sinne die Voraussetzung des Vollstreckungsanspruchs sein [25]).

Bei fehlendem materiellen Anspruch sei daher sowohl der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers wie die Vollstreckung des Staates rechtswidrig [26]). Nur die Handlungen der Vollstreckungsorgane seien rechtmäßig. Der Vollstreckungstitel enthalte nämlich einen Dienstbefehl an die Vollstreckungsorgane und diese sollen dem Vollstreckungsbefehl gegenüber zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet sein. Wegen dieser unbedingt bindenden Kraft jenes Befehls seien die Vollstreckungshandlungen der Vollstreckungsorgane selbst rechtmäßig, möge auch der Titel materiell ungerechtfertigt sein.

Goldschmidt gibt schließlich folgende Lösung [27]):

„Der prozeßordnungsmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb ist privatrechtlich widerrechtlich, weil er publizistisch zwar formgerecht, aber ungerecht ist. Unberechtigt und rechtswidrig ist auch die prozeßordnungsmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung des Staates. Rechtmäßig sind dagegen die Handlungen der Vollstreckungsorgane, die dem Vollstreckungsbefehl zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet sind."

Seine Theorie führt schließlich wie die anderen zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß eine vom Gesetz ausdrücklich erlaubte Handlung rechtswidrig ist.

Binder [28]) sieht als Gegner der Lehre vom Rechtsschutzanspruch den materiellen und den Vollstreckungsanspruch als eine Einheit an. Der Titel sei nur ein Legitimationspapier, das für den Gläubiger und für das Vollstreckungsorgan eine formelle Legitimation schafft. Klage und Vollstreckung sind, weil nach Binder die Erzwingbarkeit zum Begriff des privaten Anspruchs gehört, keine Betätigungen eines öffentlich rechtlichen Rechtsschutzanspruchs, sondern eine und zwar die wirksamste Betätigung des privaten Anspruchs [29]). Vollstreckt der Gläubiger auf Grund eines Titels, ohne daß ihm ein Anspruch gegen den Schuldner zusteht, so handelt er widerrechtlich. Der Gläubiger hat aber nicht deshalb Schadensersatz zu leisten, weil seinem Vollstreckungsanspruch kein materieller Anspruch zu Grunde lag, sondern, weil es seinem Vollstreckungstitel an dem erforderlichen privaten Anspruch fehlt. Bei dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil ist folglich nach Binder nicht nur der materielle, sondern gerade auch der Vollstreckungsanspruch in der Schwebe.

Als letzter aus der Reihe der Schriftsteller [30]), die den Gedanken der objektiven Widerrechtlichkeit vertreten, sei noch Görres [31]) erwähnt. Er sieht die für jede derartige Schadensersatzpflicht notwendige Voraussetzung [32]) im objektiv widerrechtlichen Eingriff des Gläubigers in die

---

25) Goldschmidt a. a. O., S. 24 ff.: „Der Vollstreckungsanspruch ist ein durch das Dasein eines vollstreckbaren Privatanspruchs unmittelbar bedingtes materielles Justizrecht."

26) Goldschmidt a. a. O., S. 74.

27) a. a. O., S. 73.

28) a. a. O., S. 220, 237 ff.

29) a. a. O., S. 237.

30) Weitere Vertreter sind: Kleinfeller in Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern 1906, 6; Langheineken a. a. O., 164, Not. 3; Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß; Hein a. a. O.; Hirsch a. a. O., S. 116 ff.) Deesen II in JW. 1935, 984.

31) Görres a. a. O., S. 343.

32) Vergl. a. a. O. 372, 373, Anm. 115.

Sphäre des Betroffenen, was durch die Rechtskraft des späteren aufhebenden Urteils festgestellt werde.

Unter Verwerfung der Lehre vom Vollstreckungsanspruch führt Fischer[33]) aus: Grundlage für die Schadensersatzpflicht bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung sei ein rechtswidriger Eingriff in die Bestimmungsmacht des Schuldners[34]). Allgemein sei festzuhalten; daß der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb (des Gläubigers) als Wahrnehmung einer prozessualen Möglichkeit zulässig, als Herbeiführung einer Verletzung materiellen Rechts, rechtswidrig sei. Eine Kollision dieser Wertungen trete nicht ein. Die ungerechtfertigte Vollstreckungs**tätigkeit** (des Gerichtsvollziehers) sei als gesetzmäßige Betätigung der Staatsgewalt zulässig; eine materiellrechtliche Wertung finde nicht statt. Die ungerechtfertigte Vollstreckungs**maßnahme** sei als Erfolg der Vollstreckungstätigkeit zulässig, als Erfolg des Vollstreckungsbetriebes sowohl zulässig als auch rechtswidrig.

Auch die Rechtsprechung des **Reichsgerichts** steht auf dem Boden der objektiven Widerrechtlichkeit[35]). In einer älteren Entscheidung[36]) hat es allerdings einmal ausgesprochen, das infolge der Aufhebung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils die Vollstreckungshandlung nicht den Charakter der Unrechtmäßigkeit annehme. Im Urteil vom 19. 3. 1902[37]) erklärte es, der Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch liege in der prozessualen Tatsache, daß das vorläufig vollstreckbare Urteil aufgehoben oder abgeändert sei, der Vollstreckungstitel somit nicht mehr oder nicht mehr in früherem Umfange bestehe.

Diese Entscheidungen sind jedoch vereinzelt geblieben. In der Folgezeit hat sich das Reichsgericht mit ihnen, obwohl dazu alle Veranlassung bestanden hätte, nie auseinander gesetzt. Es hat bis zur Gegenwart durchweg angenommen, daß die Vollstreckung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels einen rechtswidrigen Eingriff in das Vermögen des Schuldners darstelle, wenn es im weiteren Verfahren zu einer Aufhebung des Titels komme[38]). Die Entscheidung über den Titel enthalte zugleich eine Entscheidung über die objektive Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der auf Grund des Titels vorgenommenen Vollstreckung[39]). Daneben hat das Reichsgericht auch von einer formell zulässigen aber sachlich nicht berechtigten Vollstreckung gesprochen[40]) und damit die von Hellwig verfochtene Theorie zum Ausdruck gebracht.

Während sich die Vertreter der objektiven Widerrechtlichkeit mit der dabei auftauchenden Frage gleichzeitiger Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Handlung des Gläubigers befassen, setzt sich das Reichsgericht niemals ernsthaft mit diesem Problem auseinander, ob es denn überhaupt möglich

---

33) a. a. O.

34) a. a. O., S. 53.

35) Vergl. HRR 1936, Nr. 527: „Der Schadenersatzanspruch aus § 945 ZPO, obwohl er ein Verschulden des Verpflichteten nicht voraussetzt, ist als Anspruch aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne aufzufassen . . . . ." Abgedr. in RGZ 149, 321. Die Entscheidung verweist auf RGZ 74, 249; 78, 207, 106, 291. Vergl. ferner RG. in JW. 1938, S. 970/971 (auch diese Entscheidung befaßt sich zwar mit § 945 ZPO, gilt aber ebenso für § 717 Abs. 2 ZPO. Vergl. ferner **Deesen** in JW. 1935, S. 984.

36) ferner RG. in JW. 1938, 970 (für § 945); RG. in RGZ 11, 418.

37) JW. 1902, 254 (auf dieses Urteil berufen sich auch Kuttner und Albrecht).

38) Vergl. RG. 17. 10. 1890 = RGZ 26, 204 (207).

39) Vergl. Urteil vom 5. 11. 1932 LZ. 1933, Sp. 781, Nr. 7, und RGZ 26, 204, Nr. 38.

40) Vergl. JW. 1913, 438, Nr. 17.

ist, daß eine vom Gesetz ausdrücklich erlaubte Vollstreckung als rechtswidrig und demnach als etwas Unerlaubtes angesehen werden kann. In den meisten Fällen ist diese Frage nicht einmal erkannt, geschweige denn behandelt worden.

Nicht alle Schriftsteller haben sich der Meinung angeschlossen, daß ein Gläubiger, der auf Grund eines fehlerfreien Titels vollstreckt, rechtswidrig, also unerlaubt handelt. Da das bürgerliche Gesetzbuch auch Fälle kennt, in denen durch ein rechtmäßiges Verhalten einem Dritten ein Schaden zugefügt wird, die Schadenslast aber nicht auf dem Betroffenen hängen bleibt, sondern auf den Schädiger abgewälzt wird, ist die Frage aufgetaucht, ob nicht der Rechtsgrund für diese unbedingte Haftung auf dem Prinzip der Gefährdungshaftung beruhen könnte.

So sieht Unger[41]) den Rechtsgrund nicht in der Rechtswidrigkeit der Vollstreckung[42]), sondern in der Abnormität der in diesem Falle gewährten Rechtshilfe. Mit der Befugnis, aus einem noch nicht rechtskräftigem Urteile zu vollstrecken, werde dem Gläubiger ein außerordentlicher Rechtsbehelf gewährt und es sei daher recht und billig, daß er für den Schaden, der dabei entstanden ist, auch außerordentlich hafte. Auch Pagenstecher[43]) geht bei der Begründung der Schadensersatzpflicht nach ungerechtfertigter Vollstreckung unter Berufung auf die Materialien[44]) davon aus, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit den eigentümlichen Charakter eines außerordentlichen Rechtsbehelfes aufweise, der es rechtfertige, dem Gläubiger eine unbedingte Garantiepflicht für den dem Vollstreckungsschuldner entstandenen Schaden aufzuerlegen[45]).

Koch[46]) meint, daß derjenige, der aus einem provisorischem Titel vollstreckt, mit der Möglichkeit rechnen muß, daß ihm sein vermeintliches Recht abgesprochen wird, er also auf seine Gefahr haftet. Er sieht es als Regel an, daß eine Schadensersatzverpflichtung nur bei widerrechtlichem und schuldhaftem Handeln des Ersatzpflichtigen aufgestellt wird. Für ihn sind die Fälle der Gefährdungshaftung Ausnahmevorschriften von dieser Regel.

Merkel[47]) und noch schärfer Müller-Erzbach[48]) wollen die Widerrechtlichkeit und das Verschulden insbesondere als Merkmal einer Schadensersatzpflicht streichen.

Merkel legt das Hauptgewicht des Schadensersatzrechtes auf die Bedeutung, dem Interessenausgleich zu dienen und fordert im Gegensatz zu Unger und Koch eine Abkehr vom Verschuldungsprinzip. Nach seiner Lehre soll nur dann eine Schadensersatzpflicht statuiert werden, wenn jemand „zur Wahrung seines auf Kosten eines fremden Interesses" handelt, ja selbst dann, wenn seine Handlung mit Rücksicht auf das Ueberwiegen eines Interesses als rechtmäßig anzusehen ist[49]). Maßgebend sollen die Gedanken des Ausgleichs der Interessen sein. Derjenige soll den Schaden tragen, in dessen Wirkungsbereich dieser seinen Grund hat.

---

41) Handeln auf eigene Gefahr.

42) Der an sich unrechtmäßige Eingriff wird durch die erteilte Befugnis zur Vollstreckung zu einem rechtmäßigen; vergl. a. a. O. S. 6.

43) a. a. O.

44) Hahn-Mugdan II, 1164 ff.

45) a. a. O. 378, Note 890.

46) a. a. O.

47) a. a. O.

48) a. a. O.

49) Merkel R., S. 146 ff., 160 ff., 164.

Müller-Erzbach[50]) will sogar dem den Schaden auferlegen, der die Möglichkeit hat, ihn zu verhindern. Das Schadensersatzrecht sei zum Ausgleich widerstreitender Interessen da. Bei der Normierung einer Schadensersatzpflicht müsse ein Verschulden des Ersatzpflichtigen außer Betracht bleiben. Diesen Gedanken des Ausgleichs widerstreitender Interessen und die Erwägung, daß die Gefährlichkeit des Vorgehens für den Gläubiger objektiv erkennbar ist, verwendet er, um die Schadenshaftung des vorzeitig vollstreckenden Gläubigers als Gefährdungshaftung zu erklären.

Aehnliche Erwägungen, wie sie die Theorie der Gefährdungshaftung verwendet, liegen auch Oertmanns[51]) Ansicht zu Grunde. Auch er sieht den Grund der unbedingten Schadenshaftung in der „Zerbrechlichkeit[52]) des Vollstreckungstitels[53]). Der Gläubiger habe für das Bestehenbleiben des vorläufigen Vollstreckungstitels einzustehen, weil der Titel noch keine absolute, endgültige Kraft habe und deshalb schon von vorneherein mit seinem möglichen Wegfall gerechnet werden muß.

Breit[54]) sucht das Vorliegen einer Gefährdungshaftung zu entkräften und bezeichnet als Rechtsgrund der Haftung das „Handeln auf eigene Gefahr". Der Gläubiger mache in Kenntnis der nur vorläufigen Natur des Titels von diesem freiwillig und in seinem eigenen Interesse Gebrauch[55]). Eine Gefährdungshaftung liegt seiner Meinung nach nicht vor, weil nicht der „Täter", sondern der Schuldner gefährdet werden müßte. Zu einem Zustand der Gefährdung des Schuldners komme es aber gar nicht; der Gläubiger setze diesen nicht der Gefahr eines zukünftigen Schadens aus, weil er letzteren bereits im Augenblick der Vollstreckung verletze. Es sei lediglich ungewiß, „ob letztlich der Schaden auf dem Schuldner haften bleibt[56]).

Kritik und Standpunkt des Verfassers.

Die Anhänger der Theorie von der Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes begründen letzten Endes ihre Ansicht mit dem Fehlen eines dem Vollstreckungsanspruch zu Grunde liegenden materiellen (vollstreckbaren) Anspruchs. Letzteres zeige sich eben dann, wenn das Urteil durch eine höhere Instanz aufgehoben wird[57]).

Die praktische Folge dieser Ansicht wäre, daß das aufhebende Urteil stets eine Feststellung über die materielle Rechtslage treffen, also ein Sachurteil sein müßte. Das ist aber nicht immer der Fall. Eine Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil lediglich aus prozessualen Gründen aufgehoben wird[58]). Im letzteren Falle müßte man konsequenter Weise den auf Schadensersatz gemäß § 717 Abs. II ZPO in Anspruch genommenen Vollstreckungsgläubiger den Einwand gestatten, daß

50) Gefährdungshaftung, Arch.Ziv.Pr. 106/309 ff. und 109/1 ff.
51) a. a. O., § 282.
52) So auch Rogge Hugo, a. a. O., S. 56.
53) So auch Oertmann, a. a. O., S. 166, 178, 452 und JW 1927, S. 1167 (Anm.).
54) a. a. O., S. 29.
55) a. a. O., S. 30.
56) Breit, S. 30.
57) Vergl. RG in JW 1913, S. 483, Nr. 17.
58) Stein-Jonas, 1929, Anm. II 1 zu § 717 ZPO.

trotz der Abweisung aus prozessualen Gründen sein Klagebegehren gerechtfertigt gewesen sei und deshalb eine objektive Widerrechtlichkeit bei der Vollstreckung nicht vorgelegen habe. Ja, dieser Einwand müßte selbst im Falle des Ergehens eines Sachurteils zulässig sein, denn es ist keineswegs gesagt, daß nun gerade das neue Urteil der materiellen Lage entspricht. Man dürfte den Gläubiger auch nicht ersatzpflichtig machen, wenn ein der nunmehrigen Sachlage gerecht werdendes Urteil erlassen wird. Da das aufhebende Urteil auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung ergeht, können die zum Untergang des materiellen Anspruchs führenden Einwendungen auch nach der vorgenommenen Vollstreckung entstanden sein. Im Zeitpunkt der Vollstreckung selbst hätte dann der Anspruch noch bestanden. Der Vollstreckungsbetrieb wäre dann im Einklang mit dem materiellen Recht erfolgt.

Auch im Falle der endgültigen Zuerkennung des klägerischen Anspruchs müßte es eine Konsequenz der herrschenden Meinung sein, daß der einmal entstandene Schadensersatzanspruch nicht beseitigt würde; denn trotz des aufhebenden Urteils bliebe der Vollstreckungsbetrieb rechtswidrig.

Käme es auf den Widerspruch mit dem materiellen Recht an, müßte man schließlich zu der höchst unbilligen Konsequenz kommen, den Gläubiger selbst dann ersatzpflichtig zu machen, wenn das vorläufig vollstreckbare, inzwischen rechtskräftig gewordene Urteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben oder abgeändert wird [59]). Eine derartige Haftung erkennt aber nicht einmal das RG. an [60]).

Die herrschende Meinung läßt aber diese Einwände nicht zu [61]). Durch die Annahme des überhaupt nicht existierenden Vollstreckungsanspruchs kommt man zu einer überspitzten und daher unnatürlichen Trennung von Vollstreckungsgewalt und vollstreckbarem Anspruch und auf dieser Grundlage weiter zu einem Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht. Ein derartiges Auseinanderfallen des öffentlichen und des privaten Rechts ist aber ganz unmöglich, denn beide sind nicht zwei sich selbständig gegenüberstehende, getrennte Welten, sondern bloße Erscheinungsformen einer einheitlichen Rechtsordnung [62]).

Es ist ausgeschlossen, daß eine und dieselbe Handlung gleichzeitig rechtmäßig und rechtswidrig sein kann. Wenn die Rechtsordnung das zuließe, würde sie auf die Unterscheidung von Recht und Unrecht verzichten und sich damit selbst widerlegen.

Wir müssen bei der Lösung dieses Problems davon ausgehen, daß unsere ZPO aus bestimmten Gründen die Zwangsvollstreckung auf Grund von Titeln zuläßt, die keine endgültige Gewähr für das Bestehen des Anspruchs bieten. Bei der Vollstreckung aus diesen Titeln besteht die Gefahr späterer Aufhebung, mag der Gläubiger noch so sehr von seinem Rechte überzeugt sein. Wenn aber das Gesetz die Vollstreckung auf Grund derartiger nicht endgültiger Titel ausdrücklich erlaubt, dann muß der Vollstreckungsbetrieb r e c h t m ä ß i g sein und kann nicht dadurch rechtswidrig werden, daß sich ein Umstand ereignet, mit dessen Eintritt das Gesetz von vorneherein gerechnet

59) Was unbegreiflicherweise Struckmann-Koch billigt.
60) Vergl. Entsch. des RG in RGZ 91/202.
61) Vergl. RG in JW 1906/720 OLG.Rechtspr. 6/411, SA 58/203, RGZ 64/281.
62) So Bernhard, a. a. O., S. 44.

hat. Aus der Ganzheit der Rechtsordnung folgt, daß nicht eine vom Gesetz ausdrücklich zugelassene, also erlaubte Handlung zugleich rechtswidrig sein kann [63]).

Der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers ist daher rechtmäßig. Er bleibt rechtmäßig, auch wenn der Titel später aufgehoben wird [64]), denn eine rückwirkende Rechtswidrigeit kennt das Gesetz nicht [65]).

In einer einzigen mir bekannten Entscheidung [66]) hat das Reichsgericht den Gedanken der Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes zum Ausdruck gebracht. Es nimmt dort in kurzen Worten zu dem Konflikt zwischen den Befugnissen des von seinem Rechte überzeugten Exekutionssuchers und den Interessen des nach der schließlichen Entscheidung unrechtmäßig in Anspruch genommenen Gegners Stellung und weist darauf hin, daß der Entwurf „eines" bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich im Falle der Aufhebung eines vorläufig vollstreckten Urteils nur den Anspruch auf Rückforderung des auf Grund des Urteils Geleisteten gegen den Empfänger gewährt, eine Verpflichtung des „Empfängers" zum Schadensersatze von dem Vorhandensein einer unerlaubten Handlung abhängig macht.

Unter Billigung dieser Tatsache schließt sich das Reichsgericht den Ausführungen in den Motiven (Bd. 2, S. 848) an, in denen bemerkt ist, daß der Gläubiger auch keine unerlaubte Handlung („Delikt") begehe, „da er das Recht zur Zwangsvollstreckung habe."

Die vorstehenden Ausführungen lassen ohne weiteres erkennen, daß man zu mehr oder minder komplizierten Erwägungen gegriffen hat, um den Rechtsgrund des Schadensersatzanspruchs nach § 717 Abs. II ZPO darzustellen. Wir haben gesehen, daß es für die Erklärung der Schadenshaftung des Gläubigers der Annahme einer Rechtswidrigkeit des Vollstreckungsbetriebes nicht bedarf und darüber hinaus eine solche Konstruktion nicht einmal möglich ist.

In der Natur der vorläufigen Vollstreckbarkeit liegt es, daß derjenige, der sich eines nur vorläufig vollstreckbaren Titels bedient, sich dessen bewußt sein muß, daß sein Titel der Möglichkeit der Einschränkung oder gar der Beseitigung (auch auf Grund von nach der Vollstreckung entstandenen Einwendungen) ausgesetzt ist, kurz gesagt, kein endgültiger ist. Wenn er trotz dieser Unsicherheit zur Vollstreckung schreitet, begibt er sich in eine gewisse Gefahr, er handelt insofern auf eigene Gefahr, als ihm selbst aus der an sich erlaubten Handlung Schaden erwachsen kann, wenn der Titel in seiner Ursprünglichkeit nicht bestehen bleibt.

Die schädigenden Folgen eines ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes entstehen natürlich in erster Linie in der Person desjenigen, gegen den vollstreckt wird. Dessen Rechtsgut wird durch die Vollstreckung gefährdet oder direkt verletzt. Daraus muß sich billigerweise ein Anspruch auf

63) So Bernhard, a. a. O., S. 48. A. A. Fischer, a. a. O., S. 72: „Eine Kollision dieser Wertungen tritt nicht ein. Daraus, daß die Rechte im prozessualem Sinne nicht mit eigenem Dürfen verbunden sind, folgt, daß sie nicht die Rechtswidrigkeit ausschließen."

64) So Oertmann in Hellwigs System II, S. 178; Seuffert-Walsmann, § 717 2 b Kom. 12. Aufl.; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., S. 612.

65) Ebenso Bernhard, a. a. O., S. 48.

66) Urteil des RG vom 2. Febr. 1893 in RGZ 30, 419, insbes. S. 426.

Schadensersatz und die korrespondierende Verpflichtung dazu ergeben, ohne daß man ein besonderes Verschulden zu konstruieren braucht.

Ich kann mich der Ansicht Breits (a. a. O., S. 30) nicht anschließen, wenn er meint, es liege keine Gefährdungshaftung vor, weil nicht „ein anderer“, sondern der „Täter“ selbst gefährdet werde. Freilich muß der „Gläubiger“, wenn er später unterliegt, den durch die Vollstreckung entstandenen Schaden ersetzen, aber doch nicht, weil er sich gefährdet hat.

Diesen Rechtsgedanken hat das RG. in seiner Entscheidung Band 58, S. 237/238 klar zum Ausdruck gebracht, indem dort ausgeführt ist, daß „ein Gläubiger, welcher von der mit einem außerordentlichen Rechtsbehelf verknüpften Befugnis der sofortigen Vollstreckung Gebrauch macht, dies auf eigene Gefahr tun müsse und daß er dahier ohne Rücksicht auf sein Verschulden dem Gegner den durch eine solche Maßregel verursachten Schaden im Falle der Aufhebung der vorläufigen Entscheidung zu ersetzen habe.“ Dadurch, daß das RG. a. a. O., eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf Verschulden bejaht, folgt es dem Gefährdungsprinzip, das aber zweifellos die Grundlage einer Culpa nicht erfordert.

Auf der gleichen Linie bewegt sich die Entscheidung des RG. in Band 74, Seite 249, wo ausgeführt wird, daß „wer eine von ihm erwirkte, bloß vorläufig und ohne eingehende Sachprüfung erlassene richterliche Anordnung zum Vollzuge bringt und dadurch seinen Gegner schädigt, stets mit der Möglichkeit zu rechnen hat, daß sich hinterher sein Vorgehen als ungerechtfertigt erweist“. Folgerichtig fährt diese Entscheidung unter Hinweis auf Bd. 58, S. 238 fort: „Gerade aus diesem Grunde schien es dem Gesetzgeber angemessen, ihn in jedem Falle mit der Haftung für sein zwar erlaubtes — richtiger gesagt, formell erlaubtes — aber dem Gegner gefährdendes[67]) Vorgehen zu belasten.

Diese Entscheidung befaßt sich zwar speziell mit dem Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO, kann aber unbedenklich auf die übrigen Fälle eines ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes angewendet werden.

Das gleiche gilt von der weiteren Entscheidung des RG. in Bd. 104, S. 247, hier speziell Seite 250. Das RG. hat in dieser letzteren Entscheidung besonders betont, daß der Anspruch nach § 945 ZPO[68]), nicht die Natur eines Bereicherungsanspruches hat, sondern einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung darstellt, der auf der sog. Gefährdungshaftung beruht[69]).

Es ist allerdings keine glückliche Wendung, wenn die Entscheidung in Bd. 104 auf Seite 250 von einem „Schadensersatz aus unerlaubter Handlung“[70]), der auf dem Gefährdungsprinzip beruht, spricht. Wie schon oben angedeutet, ist die Gefährdungshaftung losgelöst von einem Verschulden.

Wenn das BGB auch verschiedene Fälle einer Gefährdungshaftung[71]) in den Titel „Unerlaubte Handlungen“ aufgenommen hat, so zeigt dies, daß

---

67) Oertmann dagegen legt bei der Erklärung des RG der Haftung das Hauptgewicht auf die Natur des Titels. Aehnlich Fischerhof, S. 47. A. A. Laue, S. 69; Rechtsgrund der Haftung liegt in der mit der Vollstreckung verbundenen Gefahr für den Schuldner.

68 Aus einem offensichtlichen Versehen ist § 945 BGB zitiert.

69) Vergl. dagegen RG in RGZ 30, S. 426: „Dazu wird in den Motiven (Bd. 2, S. 848) ausdrücklich bemerkt, daß der Gläubiger, da er das Recht zur Zwangsvollstreckung habe, mit der Ausübung desselben an sich kein Delikt begehe“.

70) Vergl. HRR 1936, Nr. 527: „ist als Anspruch aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne aufzufassen“. Abgedr. in RGZ 149/321.

71) §§ 829, 833, 835.

das Gesetz diese Tatbestände nur in der Behandlung denen der unerlaubten Handlung gleichstellt, wengleich sie keine unerlaubten Handlungen weder im engeren noch im weiteren Sinne sind. Auch außerhalb des BGB gibt es viele Fälle sogenannter Gefährdungshaftung [72]), für die die Vorschriften der unerlaubten Handlungen ebenfalls eine entsprechende Anwendung finden, obwohl der Verpflichtete in keiner Weise schuldhaft handelt. Man muß sich damit abfinden, daß die Entwicklung von Verkehr und Technik dazu zwingen, in vielen Fällen aus Billigkeitsgründen eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden aufzustellen, wenngleich nicht einmal eine objektive Widerrechtlichkeit auf Seiten des Verpflichteten vorliegt.

Ueberblick über die Entstehungsgeschichte des § 717, Abs. 2

(unbedingte Schadenshaftung).

Im Regelfalle [1]) sind Urteile erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft, d. h. also dann, wenn die vom Gesetz gegebenen Rechtsmittel erschöpft bzw. von den Parteien nicht mehr eingelegt werden können, vollstreckbar. Diese Regel ist von jeher [2]) durch Ausnahmen durchbrochen worden. Nachdem aber seit der Novelle 1924 sämtliche Urteile [3]) schon vorher, in vielen Fällen sogar ohne Sicherheitsleistung, von Amts wegen durch besonderen Ausspruch im Urteil selbst für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen, sind diese Ausnahmen praktisch sogar zur Regel geworden.

Die Einführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit sollte einerseits dem Gläubiger den Zeitverlust bis zum Eintritt der Rechtskraft ersparen, andererseits aber die unterliegende Partei von der Einlegung eines unbegründeten Rechtsmittels, das nicht selten nur der Verschleppung endgültiger Erledigung dient, abhalten [4]). Das Gegengewicht für diese Bevorzugung des Gläubigers durch die vorläufige Vollstreckbarkeit bildet seine Pflicht, dem Schuldner im Falle der Aufhebung oder Abänderung des Urteils ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz zu leisten, nur gemildert durch mögliches Verschulden des anderen Teils [5]).

Die gesetzliche Festlegung dieser unbedingten Schadenshaftung erfolgte durch die Zivilprozeßnovelle vom 17. Mai 1898. Vor dieser Novelle hatte der Schuldner lediglich einen Erstattungsanspruch des auf Grund der Vollstreckung Gezahlten oder Geleisteten [6]), während er den mit der Vollstreckung üblicher Weise verbundenen Schaden nur dann verlangen konnte, wenn es ihm gelang, dem nun unterlegenen Vollstreckungsgläubiger ein schuldhaftes Handeln nachzuweisen. Darüber herrschte im Gemeinen Recht nahezu

---

72) So ist die Gefährdungshaftung im Reichshaftpflichtgesetz herrschendes und im Kraftfahrzeuggesetz vorwiegendes Prinzip geworden.

1) Allerdings nur theoretisch.

2) Schon im römischen Recht war eine Vollstreckung vor Rechtskraft eines Urteils in geringem Umfange bekannt. So konnte in Besitzstreitigkeiten nach 1. 1 C si de momentaria possessione fuerit appelatum trotz eingelegter Berufung vollstreckt werden. (Vergl. Wetzel, a. a. O., S. 257; Weismann, a. a. O., Lehrb., Bd. II, S. 16.)

3) RGBl. 1924 I. S. 513 (von Urteilen in Ehe-, Familienstands- und Entmündigungssachen abgesehen, §§ 704 II, 672 ZPO).

4) Vergl. „Stein Fh.", Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts, § 132, S. 359.

5) Vergl. Stein wie Anm. 4, S. 361.

6) § 655, Abs. 2 alter Fassung.

Einklang zwischen der herrschenden Lehre [7]) und der Praxis [8]). In seiner Entscheidung vom 11. Jan. 1876 [9]) suchte das Reichsgericht zwar die unbedingte Schadenshaftung des Arrestklägers [10]) aus der Bestimmung § 1 Inst. IV 16 de poena temere litigantis zu begründen, indem es den „improbus litigator“ [11]) schlechthin als im Sinne des Unterliegenden, ohne Rücksicht auf subjektives Unrecht auffaßte. Es blieb aber später doch bei den allgemeinen Grundsätzen der Schadenshaftung, indem es in seinem Urteil vom 14. Nov. 1883 [12]) das Wort „improbus“ im subjektiven Sinne auslegte und mit improbus litigator den Kläger bezeichnete, der mit bösem Vorsatz handelte, sich also seines Unrechts bewußt sei.

Im Geltungsgebiet des Preußischen Rechts wurde infolge der Verschiedenheit des jeweils geltenden materiellen Rechts die Frage der Haftung beim Arrest und bei dem vorläufig vollstreckbaren Urteil in einer kaum haltbaren Weise entschieden. Einerseits sollte nach einer Entscheidung des preußischen Obertribunals [13]) bei der Arrestaufhebung der Arrestleger nur im Falle eines Verschuldens haften, andererseits aber hatte das Obertribunal für das Geltungsgebiet der allgemeinen Gerichtsordnung bezüglich der Vollstreckung mit einem noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisse die unbedingte Entschädigungspflicht des Exekutionssuchers ausgesprochen [14]). Entsprechend für ALR. geltenden Verschuldungsprinzip [15]) billigten aber die herrschende Lehre und das RG. in dessen Geltungsgebiet, sowie dem des gemeinen Rechts, dem Schuldner einen Schadensersatz nur bei schuldhaftem Verhalten des Gläubigers zu [16]).

Auch durch die Reichs-Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 wurde die Frage der Schadensersatzpflicht nicht geklärt. Schon das preußische Gesetz vom 20. III. 1854 [17]) betreffend die Aenderung der Vorschriften über das Zivilprozeßverfahren und die Exekutive gewährte dem Schuldner nur die Rückforderung des an den Gläubiger Geleisteten, sah also lediglich eine Erstattungspflicht des Gläubigers vor. Diese so statuierte Erstattungspflicht fand ihre Festlegung auch im § 655 Abs. 2 der ZPO. von 1877. Eine Bestimmung über die Ersatzpflicht des Gläubigers für den durch die Vollstreckung entstandenen Schaden wurde im Gesetz nicht getroffen. Ihre Regelung blieb den einschlägigen Landesgesetzen überlassen. Das Reichsgericht blieb darauf bestehen, daß eine Ersatzpflicht nur im Falle eines Verschuldens gegeben sei, weil eine ausdrückliche Bestimmung „dieses Inhaltes“ [18]) nicht getroffen

---

7) Vergl. die in RGZ 11, S. 419, zitierten Schriftsteller, sowie Wilmowski-Levy zu § 801 a. F.; Kahane in Grünhut, Z. 19, 99.

8) RG in RGZ 7, 377; 26, 204; Seuff. Arch. 21, 55, 38, 290; 42, 288; Kahane, Grünhut, Z. 19, 99.

9) RGZ 8, S. 16 ff.

10) Obgleich das rezip. röm. Recht den Arrestprozeß nicht kannte, behandelte das Gemeine Recht die Frage der Schadensersatzpflicht durchweg im Anschluß an das aus der italienischen Praxis übernommene Arrestverfahren.

11) Sed pro his introductum est et praefactum ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

12) RGZ 11 S. 415, insbes. S. 419.

13) E 19, S. 21.

14) Entsch. des Preuß. Obertribunals, Bd. 31, S. 9; Striet, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 37, 295; 45, S. 7, abgedruckt in RGZ 30, 423.

15) S. §§ 6 ff., ALR I, 6.

16) S. RG in RGZ 11, 418; 21, 444; 30, 418.

17) Gaupp-Stein, 115—120 (Kommentar zur ZPO; alter Fassung).

18) Gemeint ist: der unbedingten Schadenshaftung.

war. Die §§ 655 (697, 563 ZPO;[19]) würden lediglich nur von der Erstattung des auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten und von den Kosten der Zwangsvollstreckung sprechen[20]).

Die Loslösung von dem römischrechtlichen Prinzip der Verschuldungshaftung geschah erst durch die Novelle von 1898. Dieses Abänderungsgesetz hat den prozessualen Erstattungsanspruch des § 655 Abs. 2 (sowie der §§ 503 Abs. 2, 263 Abs. 2) in einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch erweitert. Maßgebend war dafür die Erwägung, daß der bisherige auf die Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten beschränkte Ersatzanspruch des Beklagten zum Ausgleiche der dem Beklagten durch die Vollstreckung des später aufgehobenen Urteils entstandenen Nachteile nicht genüge und der Beklagte dafür, falls ihm nicht der Nachweis des Verschuldens des Klägers glücke, überhaupt keinen Ersatz erhalten könne. Dieser Rechtszustand sei nicht befriedigend. Es entspreche der Billigkeit und es sei keine besondere Beschwerung für den Gläubiger, dem Gläubiger, der von einer ihm gegebenen Vollstrekkungsmöglichkeit Gebrauch mache, bevor dem Schuldner das volle rechtliche Gehör gewährt sei und der daher mit der Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung des vollstreckbaren Urteils rechnen müsse, den Schaden aufzubürden, wenn sich der Vollstreckungsbetrieb dem Schuldner gegenüber zufolge nachträglicher Aufhebung des Urteils als ungerechtfertigt erweise[21]).

Die Novelle vom 22. V. 1910 brachte insoferne wieder eine Einschränkung, als sie den Gläubiger nur zur Erstattung des vom Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung Gezahlten oder Geleisteten verpflichtet, wenn ein in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit ergangenes kontradiktorisches Berufungsurteil, § 708, N. 7 ZPO, auf Revision aufgehoben oder abgeändert wurde[22]). Eine wesentliche Erweiterung erfuhr diese Sonderregelung dadurch, daß, seit die Novelle 1924 § 708 Nr. 7 alle Urteile der Oberlandesgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, also auch die als Versäumnisurteile der Oberlandesgerichte[23]) mit umfaßt. Diese seinerzeit nicht beabsichtigte Aenderung ist als textliche Unstimmigkeit in der Bek. 33 dadurch beseitigt worden, daß § 717 Abs. 3 in seiner nunmehrigen Fassung die oberlandesgerichtlichen Versäumnisurteile ausdrücklich ausnimmt[24]).

Mit dieser im § 717 Abs. 3 getroffenen Sonderregelung, die lediglich zur Entlastung des Reichsgerichts von Revisionen die nur des Zeitgewinnes wegen eingelegt werden[25]), geschaffen worden ist, ist die Gesetzgebung hinsichtlich dieser Bestimmungen wieder auf demselben, vor der Nov. 98 als unbefriedigend und unbillig geltenden Standpunkt zurückgekehrt.

19) Alter Fassung.

20) Siehe RG-Urteil vom 14. 11. 1883; RGZ 11, S. 416 und 417.

21) Vergl. Kommissionsbericht, S. 172— Hahn — Mugdan, Mat. VIII., S. 392 ff.

22) § 717, Abs. 3.

23) In vermögensrechtlichen Streitigkeiten.

24) Nicht zu billigen ist die von Gaupp-Stein-Jonas in Anm. V zu § 717 (1928) vertretene Meinung, daß der Absicht des Gesetzes entsprechend die Regelung in Abs. 3 den völligen Ausschluß jedes Schadensersatzanspruchs, also auch eines unabhängig von Abs 2 auf die §§ 823 ff. BGB begründeten, bedeute. Das kann nicht der Fall sein, denn durch die Einführung des § 717, Abs. 3, sollte aus den obengenannten Gründen ja gerade die durch die Nov. 98 für den Gläubiger geschaffene Erleichterung, daß er nämlich den meist schwer gelingenden Nachweis eines Verschuldens führen muß, beseitigt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, noch zu rechtfertigen, weswegen man in den in § 717, Abs. 3, genannten Fällen neben dem Wegfall der unbedingten Schadenshaftung auch die aus unerlaubten Handlungen gem. §§ 823 ff. BGB ausschließen sollte. Der Ausschluß einer aus unerlaubten Handlungen begründeten Schadensersatzpflicht würde einen unlösbaren Widerspruch in der Rechtsordnung bilden.

25) Vergl. Gaupp-Stein-Jonas, Anm. II, 7, zu § 708.

Rechtsprechung und Literatur zur Frage der analogen Anwendung.

Die Ansichten über die Zulässigkeit der analogen Anwendung der im § 717 Abs. II [1]) zum Ausdruck gebrachten unbedingten Schadenshaftung des Vollstreckungsgläubigers auf gleichartig gelagerte Fälle einer ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung gehen stark auseinander. Sie bewegen sich von der absoluten Unmöglichkeit bis zur grundsätzlichen Möglichkeit, ja sogar Notwendigkeit der Analogie.

Das Reichsgericht hat durchwegs die Möglichkeit der Analogie abgelehnt und den § 717 Abs. 2 wie den übrigen gesetzlich geregelten Fällen den Charakter einer Sonder- oder Ausnahmebestimmung beigelegt. Gerade weil es sich um solche handle, sei die Analogie nicht statthaft.

Trotz der grundsätzlich ablehnenden Haltung hat das RG wiederholt zu bestimmten Fällen eines ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes Stellung genommen und sich mit der Frage der Analogie beschäftigt.

In seiner Entscheidung vom 4. 12. 1905 [2]) wendet es sich gegen ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamm, welches dem Pfändungsgläubiger Ersatz des durch eine unbegründete Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) entstandenen Schadens ohne Nachweis eines Verschuldens zuerkannte. Zu diesem zweifellos richtigen Ergebnis gelangte das Berufungsgericht durch die Erwägung, daß der Beklagte, als er die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkte, von einem außerordentlichen Rechtsbehelfe Gebrauch gemacht habe und deshalb, ebenso wie derjenige, der gemäß §§ 945, 717 Abs. 2 schlechthin zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet sei, für die Folgen einstehen müsse.

Das Reichsgericht hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben und erklärt, daß die Einmischung des Dritten eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz nur nach sich ziehen kann, wenn sie eine unerlaubte Handlung ist. Dies sei der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 823 BGB zutreffen. „Die erhobene Klage ist daher nur begründet, wenn die von dem Beklagten seinerzeit erwirkte Einstellung der Zwangsvollstreckung ihm zum Verschulden gereiche“ [3]). Zur Begründung führt die Entscheidung aus, daß die Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht des Gläubigers ohne jede Rücksicht auf Verschulden wegen des nicht als befriedigt geltenden „bisherigen“ Rechtszustandes geschehen sei. Die unbedingte Schadenshaftung habe man dem Gläubiger für den Gebrauch einer a u ß e r h a l b des gewöhnlichen Verfahrens liegenden Befugnis auferlegt.

Unter Hinweis auf die Begründung zu §§ 302 und 717 in den Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 102, 135 heißt es weiter: „Hierin ist die Anschauung befolgt, daß jedermann von seinen Rechten nur Gebrauch machen darf, als es ohne den Schaden anderer geschieht; aber diese Anschauung hat nur Geltung soweit, als sie in dem positiven Recht zum Ausdruck gelangt ist und das ist für die Fälle der vorliegenden Art nicht geschehen.“ Weiter wird ausgeführt, daß, wenngleich die Bestimmungen der §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 ZPO insoweit, als sie die Verpflichtung zum Schadensersatz aussprechen, nicht eine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche Vorschrift

---

1) und der gleichartigen gesetzl. geregelten Fälle.
2) Seuff. Arch., 61, 206.
3) a. a. O., S. 210.

enthielten, sie doch einen Rechtssatz, der analog anzuwenden wäre, nicht aufstellen.

Das Reichsgericht verkennt nicht, daß die ZPO eine Reihe verwandter Fälle enthält, wie z. B. bei Einstellung der Zwangsvollstreckung, beim Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder Wiederaufnahme des Verfahrens, oder bei der Widerspruchsklage (§ 771). Es verneint aber hier die unbedingte Schadenshaftung, weil diese Bestimmungen „jenen Grundsatz nicht zum Ausdruck bringen". In all diesen Fällen sei nicht gesagt, daß derjenige, der von den ihm gebotenen Rechtsbehelfe Gebrauch macht, auf seine Gefahr handle und damit für allen Schaden aufzukommen habe [4]).

Eine ausdehnende Auslegung des § 717 Abs. 2 ZPO sei aber auch schon nach seinem Wortlaut und Sinn in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte ausgeschlossen [5]). Es sei jedenfalls nicht angängig, ein so ganz besonderes Recht [6]) weit über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen und damit ganz neue Rechte zu schaffen, die dem Gesetzgeber sicher fern gelegen hätten [7]).

Das RG hat in einer Reihe von weiteren Entscheidungen [8]) seinen von Anfang an eingenommenen Standpunkt beibehalten und wiederholt von einer der analogen Anwendung unfähigen Ausnahmebestimmung gesprochen. Diese Erwägung bildet, wie wir gesehen haben, den Kernpunkt der Entscheidung vom 7. 12. 1905 [9]). Gerade diese Entscheidung ist von besonderer Bedeutung, weil alle späteren Entscheidungen das in ihr festgestellte Ergebnis wiederholen, ohne sich erneut mit dem Problem als solchem auseinanderzusetzen [10]).

Der überwiegende Teil der Literatur, darunter Falkmann [11]), Struckmann-Koch [12]), Kuttner [13]), Albrecht [14]), Hein [15]) u. a. [16]) stehen auf dem Boden der vom RG vertretenen Meinung. Sie glauben ebenfalls im § 717 Abs. II und den wenigen gleichfalls gesetzlich geregelten Fällen eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Sonderregelung zu sehen, die, weil sie kasuistisch sei, auf diese ausdrücklich geregelten Bestimmungen beschränkt bleiben müsse. Dies drückt auch Coppel [17]) aus, der die innerhalb der öffentlichrechtlichen Materie des Zivilprozesses statuierte Schadensersatzpflicht gleichfalls als „etwas Außergewöhnliches" bezeichnet und sie einer extensiven Interpretation deshalb nicht fähig erachtet, weil sie eine singuläre Vorschrift dar-

---

4) SA 61, 209.

5) RGZ 131/188 (185) (Urt. v. 21. I. 1931).

6) Was hier bezüglich des § 954 ausgesprochen ist, gilt in gleicher Weise für § 717, Abs. 2 ZPO.

7) Vergl. RGZ 121, 188.

8) z. B.: RGZ 77, 48; 91, 201, JW 1912, 201; Bamberg, Seuff. Arch. 71, 296; OLG Colmar, Rspr. 9, 39.

9) Seuff. Arch. 61, 206; JW 1906, 89.

10) So RG in JR 1925, II, Nr. 141; vergl. auch HRR 1933, 1541, unter Anführung der Entscheidungen in RGZ 131, 188 (185), Urt. v. 21. I. 1931; RGZ 121, 188; RGZ. 77, 48; vergl. auch Bezugnahme in Struckmann-Koch (1910), § 717, Anm. 6.

11) Falkmann, S. 462.

12) Struckmann-Koch, Anm. 6 zu § 717 (unklarerweise ist hier von Fällen „unzulässiger" Vollstreckungshandlungen die Rede.

13) Kuttner (Nebenw. S. 20).

14) Albrecht, S. 13.

15) Hein, S. 164, 170, 682.

16) Rosenberg, § 180 VI; Sydow.-Busch-Krantz, Anm. 4 zu § 717; Stein bis zur 11. Aufl. seines Kommentars (1913).

17) S. 4.

stellten. Zu seiner Rechtfertigung beruft er sich auf die in Seufferts Archiv Bd. 61 Nr. 120 S. 208 enthaltene Entscheidung des RG, die ihn zu folgendem Schlusse veranlaßt: „Daß das Gesetz die hier angezogenen Bestimmungen als singuläre betrachtet wissen will, geht daraus hervor, daß es nur in ihnen eine Schadensersatzpflicht statuiert, während es in einer ganzen Reihe vollendeter Fälle z. B. §§ 541 Abs. 1, 707, 719 ZPO, dieses nicht bestimmt hat, also hier — argumentum e contrario — eine Schadensersatzpflicht nicht anzunehmen ist" [18]).

Desgleichen schaltet Esche [19]) die Titel des § 794 ZPO, „insbesondere die Kostenfestsetzungsbeschlüsse" aus. Eine Schadensersatzpflicht gemäß § 717 Abs. 2 tritt nach seiner Meinung deshalb nicht ein, weil diese ein Urteil voraussetze, die Kostenfestsetzungsbeschlüsse aber nur Berechnungen, nicht Verurteilungen enthielten. Dafür spricht seiner Ansicht nach neben dem Inhalt des Gesetzestextes die Tatsache, daß der § 795, der von anderen Titeln als dem Urteile handelt, auf § 717 Abs. 2 ZPO keinen Bezug nimmt und ferner auch, daß das Reichsgericht eine auch die anderen Titel mitumfassende Interpretation abgelehnt hat.

Daß für den Eintritt der unbedingten Schadenshaftung nur vorläufig vollstreckbare Urteile in Betracht kommen, behaupten auch A. Rogge [20]) und Hugo Rogge [21]). Während ersterer sich ohne eine weitere Begründung nur auf einige Kommentare beruft [22]), findet letzterer die Bestätigung für seine Wortinterpretation im Inhalt des § 795 ZPO, der auf § 717 Abs. 2 hätte verweisen müssen, wenn die darin statuierte unbedingte Schadenshaftung auch bei der Vollstreckung aus anderen Titeln als Urteilen zur Anwendung kommen sollte [23]).

Auch Koch, der zwar die Vorschriften der §§ 717 II, 302 IV, 600 II und 945 ZPO zu den Fällen der Gefährdungshaftung [24]) zählt, erklärt, daß sämtliche Bestimmungen, in denen das Gesetz eine unbedingte Schadensersatzpflicht festgestellt, Einzelbestimmungen singulärer Art seien, daß also jede von ihnen auf einem besonderen Rechtsgrunde beruhe.

In dem von ihm erörterten Satze „Erhöhte Gefahr — erhöhte Haftung" erblickt er kein allgemeines, der analogen Anwendung zugängliches Rechtsprinzip, sondern lediglich ein legislatorisches Motiv [25]). Auch Rümelin äußert sich in ähnlicher Weise und meint, daß die Gefährdungshaftung kein juristisches Prinzip, sondern lediglich eine Tendenz darstelle und eine Begrenzung durch eine positive Normierung im Gesetz erfordere [26]).

Auch Sydow-Busch-Krantz [27]) müssen konsequenter Weise zur Verneinung der entsprechenden Anwendung dieser Schadenshaftung auf Beschlüsse kommen, wenn sie dem Schuldner außerhalb den in der ZPO geregelten

---

18) a. a. O., S. 4.
19) a. a. O., S. 24.
20) Arthur Rogge, S. 26
21) Hugo Rogge, S. 11.
22) A. Rogge, a. a. O., S. 26, Anm. 1.
23) Vergl. H. Rogge, a. a. O., S. 11.
24) Koch, a. a. O., S. 71 f.
25) a. a. O., S. 10, 47.
26) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 54 ff.; ferner in Schadenersatz ohne Verschulden, S. 30.
27) a. a. O., 1920, § 717.

Fällen einen Schadensersatzanspruch nur bei einem schuldhaften Handeln des Gläubigers zuerkennen[28]).

Nußbaum[29]) spricht von einer besonderen Gefährlichkeit, die die formale Rechtsbeständigkeit der anfechtbaren Entscheidung für den durch die Entscheidung materiell Verletzten mit sich bringt. Schon die prozeßleitende Wirkung der anfechtbaren Entscheidung könne dem Betroffenen schädlich werden durch die herbeigeführte Verzögerung die nur aus besonderen materiellrechtlichen Gründen, insbesondere dem des Verzugs, einen Schadensersatzanspruch gegen die andere Partei rechtfertigen könnte. Die Möglichkeit einer Schadensstiftung liege aber vor allem in der Vollstreckbarkeit des Titels. Nußbaum billigt die in § 717, Abs. 2 ZPO statuierte Pflicht zum Ersatz des Schadens ebenfalls *nur für den Fall des vorläufigen vollstreckbaren Urteils*. Der Grund dieser scharfen Haftung liegt s. M. darin, daß normaler Weise die Vollstreckung eines Urteils erst nach seiner Rechtskraft erfolgen solle und daß mithin der Gläubiger, wenn er von dem „*Beneficium der vorläufigen Vollstreckbarkeit*“ Gebrauch mache, dies auf eigene Gefahr tun müsse. Nußbaum unterscheidet zwischen der Vollstreckung eines nicht rechtskräftigen Urteils und der eines nichtrechtskräftigen Beschlusses oder einer ebensolchen Verfügung. Er rechtfertigt seine Ansicht aber nicht damit, daß die Durchführung des Schadensersatzanspruchs nicht im Beschwerdeverfahren erfolgen könne, „denn der Anspruch könnte ja mit besonderer Klage verfolgt werden, wie dies auch im Falle des § 717, ZPO statthaft ist.“ Entscheidend ist seines Erachtens die vom Gesetzgeber als Normalfall gewollte *sofortige Wirksamkeit der Beschlüsse und Verfügungen*[30]). Dieser sofortigen Wirksamkeit der Beschlüsse und Verfügungen fehle deshalb die *Privilegsnatur*, die der vorläufigen Vollstreckbarkeit eigen sei und auf der die Vorschrift des § 717, Abs. 2 ZPO beruhe.

Auch *Noack*[31]) scheint in seiner Abhandlung über „Entsprechende Anwendung des § 717, ZPO auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse“ ebenfalls, auch wenn er den Ausdruck nicht gebraucht, den Gedanken einer in der vorläufigen Vollstreckbarkeit liegenden Privilegsnatur im Auge zu haben, denn auch er drückt aus, daß bei der Vollstreckung aus diesen Beschlüssen die Ausnutzung einer nur vorläufig eingeräumten Vollstreckungsbefugnis nicht vorliege. § 717, Abs. 2 ZPO sei eine besondere Vorschrift nur für die Fälle vorläufiger Vollstreckbarkeit und auf *Beschlüsse nicht* anwendbar.

In ausführlicher Weise beschäftigt sich *Stiewe*[32]) mit der Haftung in den Fällen der einweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung. Er legt dar, daß es sich in den zur Analogie herangezogenen gesetzlichen Bestimmungen um eine Haftung des Gläubigers handle, die deshalb ausgesprochen sei, weil der Gläubiger von einem *außerordentlichen Rechtsbehelfe* Gebrauch mache und dadurch verletzend in die Vermögensrechte des Schuld-

---

28) Verweist auf JW 12, 72 und 12, 201: „Daher kann nicht durch Beschluß die Rückerstattung des zur Erfüllung eines später aufgehobenen Beschlusses (z. B. Kostenfestsetzungsbeschluß) Geleisteten aufgehoben werden.“ (RG 21, 380; JW 99 (413_5), 535_5; 01, 842_{28}; OLG 15, 173.)

29) Nußbaum Dr. Arthur: „Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse“, 1908, S. 30/31 in ZZP 29, 478.

30) „was sich aus der *geringeren Bedeutung* dieser Entscheidungen erklärt.“

31) *Noack* in Mitteilungen der Reichsrechtsanwaltskammer, 1936, Nr. 7, S. 97/98.

32) Stiewe, a. a. O., S. 33.

ners eingreife. Von einem außerordentlichen Rechtsbehelfe könne aber beim Schuldner, der durch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung diesen außerordentlichen Eingriff des Gläubigers in seine Vermögensrechte abzuwehren sucht, keine Rede sein. Es muß vielmehr als selbstverständlich, dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühl entsprechend angesehen werden, wenn das Gesetz dem Schuldner die Befugnis einräumt, gegen einen Gläubiger, der auf Grund eines außerordentlichen Rechtsbehelfs gegen ihn vorgeht und zur Vollstreckung schreitet, die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. Die Position des Gläubigers ist demnach durchaus verschieden von der des Schuldners. Der Gläubiger befindet sich in der Offensive, der Schuldner dagegen in der Defensive. Eine Gleichheit des Rechtsgrundes liegt daher nicht vor.

Stiewe meint, es könne unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers liegen, dem Schuldner eine derartige zweischneidige Waffe zu seiner Verteidigung gegen den Angriff des Gläubigers in die Hand zu geben [33]). Man würde ihm seine Verteidigung unbillig erschweren und mancher Schuldner würde mit Recht Bedenken tragen, von einem solchen Verteidigungsmittel Gebrauch zu machen. Sein Ergebnis sucht er damit zu rechtfertigen, daß die moderne Gesetzgebung in mehr als einer Beziehung unverkennbar das Bestreben an den Tag gelegt habe, die rechtliche Stellung des Schuldners gegenüber der des Gläubigers günstiger zu gestalten [34]).

Die auf dem Gesichtspunkte der Billigkeit und des Rechtsgefühls gemachten Ausführungen Stiewes erscheinen überflüssig, denn für ihn ist eine analoge Anwendung von vorneherein außer Debatte gestellt. Er bekennt sich ja letzten Endes zu der vom RG vertretenen Ansicht, wenn er erklärt, daß die in der ZPO gesetzlich ausgesprochene unbedingte Haftung des Gläubigers eine außerordentliche ist und daher nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen eine Haftung ohne Verschulden angenommen werden kann [35]).

Der von Stein bis zur 11. Auflage seines Kommentars [36]) vertretene ablehnende Standpunkt [37]) wurde von Jonas [38]) in den neueren Auflagen fallen gelassen. Jonas geht davon aus, daß es sich bei den genannten Bestimmungen zwar um eine Sonderregelung handle, daß diese aber auf einem bestimmten gesetzgeberischen Grunde beruhe und daher nicht schlechthin eine der analogen Ausdehnung unfähige Regelwidrigkeit sei. Auch Seuffert-Walsmann [39]), Baumbach [40]) und Schnitzler [41]) lassen eine analoge Anwendung, allerdings nur auf ganz bestimmte Fälle zu.

Im Falle des § 717 [42]) muß, wie wir oben gesehen haben, der Gläubiger stets mit der Aufhebung des Vollstreckungstitels rechnen, weil es sich um

33) Stiewe, S. 34.
34) Als Beispiele zitiert er die §§ 285, 286 BGB.
35) a. a. O., S. 35.
36) 1913.
37) Gaupp-Stein, 11. Aufl., Anm. V zu § 717.
38) Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. VI zu § 717.
39) a. a. O., Anm. 3 t zu § 717.
40) Anm. 1 zu § 717.
41) Schnitzler, S. 9.
42) sowie in den gesetzlich geregelten Fällen.

eine nur vorläufige, noch anfechtbare Entscheidung handelt[43]). Da die Analogie wesensgleiche Tatbestände voraussetzt, hat die Literatur, soweit sie grundsätzlich die Zulässigkeit der Analogie bejaht in folgerichtiger Weise und nahezu übereinstimmend die Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht in folgenden Fällen abgelehnt:

1. Bei der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, wenn die Vollstreckung nach erhobener Vollstreckungsgegenklage für unzulässig erklärt wird (§ 707, ZPO).
2. Bei der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das aufgehoben oder abgeändert wird, nachdem der Vollstreckungsschuldner gegen die Versäumung einer Notfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt ist (§ 233, ZPO)[44]).
3. Bei der Vollstreckung aus einem nachträglich berichtigten rechtskräftigen Urteil (§ 319, ZPO).
4. Bei der Vollstreckung eines im Wiederaufnahmeverfahren aufgehobenen Urteils[45]).

In all diesen Fällen handelt es sich um bereits rechtskräftige Urteile.

Walsmann[46]) und Baumbach[47]) erklären im Gegensatz dazu die Analogie im Falle der Aufhebung des rechtskräftigen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren für zulässig. Da sie auf dem Boden der Widerrechtlichkeit des Vollstreckungsbetriebes stehen[48]), müssen sie letzten Endes zu dieser Erklärung kommen.

Zu den wenigen Schriftstellern, die über die Möglichkeit der analogen Ausdehnung des § 717, Abs. II ZPO hinaus eine solche auf Beschlüsse anerkennen, gehören Bernhard[49]) und Weber[50]) und Marcuse[50a]).

Sie sehen den Rechtsgrund der unbedingten Schadenshaftung in der Tatsache einer Gefährdung des schuldnerischen Interesses und halten die analoge Anwendung der gesetzlich getroffenen Regelungen (§ 717, Abs. 2, wie auch §§ 302, 600, 945 ZPO) grundsätzlich für nicht ausgeschlossen.

---

43) Für die im § 794, Abs. 1 Nr. 1 und 5 genannten Titel kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Zwar fehlt auch diesen Titeln eine endgültige Feststellung der materiellen Ansprüche, so daß ihre Aufhebung sehr wohl möglich ist. Es besteht aber ein durchgreifender Unterschied zu dem vorläufig vollstreckbaren Urteil. Dieses trägt von Natur aus die Gefahr der Aufhebung durch die höhere Instanz in sich, es ist also von vorneherein auflösend bedingt. Deshalb muß der Gläubiger auch von Anfang an mit dem Wegfall seines Vollstreckungsrechts rechnen. Bei Vergleichen und vollstreckbaren Urkunden ist gerade das Gegenteil der Fall. Hier spricht die Vermutung des Lebens dagegen, daß sie über eine nicht bestehende Schuld geschlossen oder errichtet worden wären. Demzufolge tritt keine Schadensersatzpflicht ein, wenn sich der in einer vollstreckbaren Urkunde verlautbarte Anspruch als nicht bestehend erweist.

Dieses Ergebnis beweist zugleich deutlich die Richtigkeit der oben gewonnenen Anschauung, daß als Grund der Haftung im Falle des § 717, Abs. 2 ZPO nicht die materielle Widerrechtlichkeit in Frage kommen kann, da sonst jede auf einem nicht bestehenden Anspruche beruhende Vollstreckung eine Schadensersatzpflicht auslösen müßte. (So Bernhard a. a. O., Seite 52.)

44) Vergl. Bernhard, S. 52, a. a. O.

45) Vergl. insbes. RGZ 91, 202.

46) (Seuffert)-Walsmann 1910, a. a. O., 9. Aufl., Anm. 2b zu § 717 ZPO.

47) Baumbach, Anm. 1 zu § 717, ZPO, a. a. O.

48) Das ergibt sich aus der Anführung einer Entscheidung des Reichsgerichts (RG 91/105; so Seuffert-Walsmann, 12. Aufl., Anm. 2b zu § 717.)

49) a. a. O., S. 51.

50) a. a. O., S. 257 f.

50a) Marcuse, a. a. O., S. 71.

So entsteht nach Bernhard[51]) eine Schadensersatzpflicht, wenn nach der Vollstreckung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses (vergl. § 794, Abs. 1, Nr. 2 ZPO) oder einer mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidung (vergl. § 794, Abs. 1, Nr, 3 ZPO), z. B. ein Kostenurteil (§ 99, Abs. 3 ZPO) aufgehoben oder abgeändert wird, da hier der Gläubiger vor der Endgültigkeit der Entscheidung immer mit der Möglichkeit einer Aufhebung rechnen müsse.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Weber[52]) in seiner Abhandlung über „Schadensersatz bei Wiederaufhebung von Beschlüssen über vorläufige Vollstreckungseinstellung": Nach der Entstehungsgeschichte und ihrem Zweck dürfte diese Vorschrift nicht auf Urteile beschränkt bleiben. Der Gläubiger müsse, wenn er vor formeller Rechtskraft von dem Titel Gebrauch macht, das Risiko der zu seinen Gunsten zugelassenen vorläufigen Vollstreckung tragen, was in gleicher Weise für Urteile und Beschlüsse zutreffe. Es sei gleichgültig, ob der Titel durch eine Vollstreckungshandlung im engeren oder weiteren Sinne vollzogen werde, denn beide hätten die gleiche Schadensmöglichkeit zur Folge. Als weitere Erfordernisse der Gefährdungshaftung hebt er schließlich hervor, daß es sich um eine vorweggenommene, vorläufige Vollziehung handle, und daß die Ausübung dieser Befugnis allein im Ermessen des Gläubigers stehe.

Seine Untersuchungen führen auch Marcuse[53]) zu der Ansicht, daß die Gründe, die den Gesetzgeber zur Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht in den gesetzlich geregelten Fällen veranlaßt haben, Veranlassung hätten sein müssen, das gleiche im Falle der Aufhebung einer angeordneten Einstellung der Zwangsvollstreckung zu tun. Der Gesetzgeber, so führt er aus, sei sich dessen nur nicht bewußt gewesen, von welcher großen Tragweite die Einführung der unbedingten Schadensersatzpflicht für das ganze Gebiet des ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes war.

Stellungnahme des Verfassers.

Wenn wir nun im letzten Abschnitt zur Frage der analogen Anwendung des § 717, Abs. 2 ZPO gelangen, so fragt es sich zunächst einmal, ob der durch das Gesetz für vorläufig vollstreckbare Urteile aufgestellte Rechtsgrundsatz mit unseren Tatbeständen annähernd in Einklang zu bringen ist, d. h. ob es sich, wie wir uns oben ausgedrückt haben, um rechtsähnliche Tatbestände mit gleichem Rechtsgrund handelt.

Bei der Untersuchung nach dem Grunde der unbedingten Schadenshaftung sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß es sich um eine Gefährdungshaftung handelt, deren Rechtsmotiv darin liegt, daß der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung, zwar gesetzmäßig erlaubt, jedoch wissend, daß es sich um einen noch nicht endgültigen Titel handelt, aus freien Stücken betreibt. Da er dabei die Interessen des Gegners gefährden kann, gewährt der Gesetzgeber dem Betroffenen im Falle der Außerkraftsetzung des vorläufigen Titels einen Schadensersatzanspruch.

51) s. S. 51.
52) a. a. O.
53) a. a. O., S. 71, 72.

Während das noch nicht endgültige Urteil vom Gesetzgeber in den einschlägigen Fällen ausdrücklich mit vorläufiger Vollstreckbarkeit ausgestattet ist, sind die Beschlüsse ohne weiteres vollstreckbar, natürlich unbeschadet der Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsform. Dieser Unterschied wird von den Gegnern der analogen Anwendung als Argument für ihre Begründung herangezogen. Man möchte auch auf den ersten Blick mit ihnen übereinstimmen, wenn sie die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile als ein „Privilegium“ oder „beneficium“ bezeichnen, denn tatsächlich ist auch, wie wir im geschichtlichen Teil dieser Abhandlung erfahren haben, die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile in erster Linie im Interesse des Gläubigers geschaffen worden, nämlich um ihn den Zeitverlust bis zur Rechtskraft des Urteils zu ersparen.

Ich bin der Ansicht, daß die Ermöglichung der Vollstreckbarkeit eines Titels vor seiner Endgültigkeit, sei es nun ein Urteil oder ein Beschluß, nicht als ein Privileg oder ein beneficium, sondern als eine unerläßliche und selbstverständliche Forderung des wirtschaftlichen Lebens der Rechtssubjekte angesehen werden muß. Die mit Recht schon immer bestehende sofortige Vollstreckbarkeit der Beschlüsse mußte als eine Forderung des täglichen Lebens früher oder später auch auf Urteile ausgedehnt werden. Daß diese Notwendigkeit bestanden hat, beweist die Tatsache, daß entgegen der theoretischen Regel (§§ 704, 705 ZPO) seit der Novelle 1924 alle Urteile (mit Ausnahme von Urteilen in Ehe-, Familienstands- und Entmündigungssachen) schon vor der materiellen Rechtskraft, in vielen Fällen sogar ohne Sicherheitsleistung von Amts wegen durch einen besonderen Anspruch im Urteil selbst für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen.

Es ist daher m. E. nicht zutreffend, weiterhin einen Unterschied zwischen der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urteile und der sofortigen der Beschlüsse zu machen, denn ein solcher besteht nur dem Worte, nicht aber dem praktischen Erfolge nach. Die vollstreckbaren Beschlüsse sowohl wie die vorläufig vollstreckbaren Urteile haben eben das gemeinsam, daß sich der Gläubiger ihrer bedienen kann, obgleich die ordentlichen Rechtsmittel (Berufung und Revision) bzw. Rechtsbehelfe (Beschwerde, Erinnerung) dem Schuldner noch zur Verfügung stehen. In beiden Fällen vollstreckt der Gläubiger auf Grund gesetzlicher Ermächtigung aus freien Stücken in dem Bewußtsein, daß sein Titel, so lange die Rechtsmittel bzw. Rechtsbehelfe noch nicht erschöpft sind, einer Aufhebung oder Abänderung unterliegen kann. Er kann voraussehen und muß sogar damit rechnen, daß er durch sein zwar rechtmäßiges, aber unter Umständen „verfrühtes“ Handeln dem Schuldner Schaden zufügen kann.

So tragen auch die vorläufig vollstreckbaren Beschlüsse in gewissem Sinne das Merkmal der „Vorläufigkeit“ in sich[1]).

Man darf ebensowenig an der Bezeichnung „Urteil“ gewissermaßen kleben, wie an der „Vorläufigkeit“. Wenn Esche[2]) meint, die unbedingte Schadensersatzpflicht des § 717, Abs. 2 ZPO trete nur ein, wenn der Titel der ungerechtfertigten Vollstreckung ein „Urteil“ sei und er aus diesem Grunde die Titel des § 794 ZPO, insbesondere die Kostenfestsetzungsbe-

---

1) Vergl. Materialien in Zeitschr. Ziv. Prax. Bd. 24, 205, § 655: „Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile ermöglicht es dem Gläubiger, seinen Anspruch vor der endgültigen Feststellung und ehe alle Rechtsbehelfe erschöpft sind, zur zwangsweisen Durchführung zu bringen.“

2) a. a. O., S. 24.

schlüsse ausschaltet, weil die Erwägung dafür spreche, daß letztere nur Berechnungen, nicht Verurteilungen enthielten, so muß ihm hier widersprochen werden. Auf eine solche Unterscheidung kann es nicht ankommen. Es wird dem Schuldner wohl gleichgültig sein, ob der Gläubiger mit einem Urteil oder Beschluß gegen ihn vorgeht. Ihn wird letzten Endes allein der Erfolg der Vollstreckung, nämlich seine Einbuße durch Bezahlung von Geld oder Verlust von Vermögenswerten interessieren. Maßgebend kann also nicht sein, mit welcher Art von Titeln der Gläubiger seine Befriedigung sucht, sondern allein, daß er überhaupt eine Zwangsvollstreckung betrieben hat.

Auf Grund dieser Erörterungen dürfte einer analogen Ausdehnung der unbedingten Schadenshaftung auf Beschlüsse nichts im Wege stehen, haben wir doch festgestellt, daß der dem § 717, Abs. 2 ZPO zugrunde liegende Rechtsgedanke auch auf vollstreckbare Beschlüsse, insbesondere auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse zutrifft. Es wäre demnach nicht ersichtlich, diese nicht gesetzlich geregelten Fälle trotz ihres gemeinsamen, allgemein gültigen Rechtsgedankens anders zu behandeln, als vorläufig vollstreckbare Urteile.

Trotzdem das Reichsgericht, wie bereits erwähnt, im allgemeinen nicht verkennt [3]), daß die ZPO eine Reihe verwandter Fälle enthält, wendet es sich gegen jegliche analoge Ausdehnung des § 717, Abs. 2 ZPO, indem es diesen als „Ausnahmebestimmung" bezeichnet und die Analogie nur zuläßt, wenn ausdrücklich gesagt ist, daß derjenige, welcher von einem gebotenen Rechtsbehelf Gebrauch macht, auf seine Gefahr handelt und für allen entstehenden Schaden aufzukommen hat. Wie wir gesehen haben, hat sich auch die Prozeßrechtslehre dem Reichsgericht, besonders in der Frage der sinngemäßen Anwendung dieser Haftungsvorschrift auf die einstweilige Zwangsvollstreckung [4]) übereinstimmend angeschlossen [5]). Keiner der Autoren jedoch begründet selbständig seine Stellungnahme, sondern begnügt sich mit der kritiklosen Wiedergabe einiger Entscheidungen der höheren Gerichte, insbesondere der schon hervorgehobenen Reichsgerichtsentscheidung in Seuff. Arch. 61, 206 ff. [6]), in welcher die Unzulässigkeit entsprechender Anwendung der als „Ausnahmebestimmung" bezeichneten unbedingten Schadenshaftung zum Ausdruck gebracht wird.

Für unsere Betrachtungen wird sich der Begriff Ausnahmebestimmung als Ausgangspunkt nicht eignen, wenngleich er eine klare Bedeutung zu haben scheint. So verneinen nämlich das Reichsgericht und seine Anhänger die Analogie, weil sie eine Ausnahmebestimmung schlechthin nicht für analog anwendbar erklären, während z. B. Schmidt [7]), der ebenfalls diesen Ausdruck gebraucht, die Analogie in gewissem Umfange zulassen will. Wir sehen, daß in den beiden Fällen unter dem selben Begriff nicht das Gleiche zum Ausdruck gebracht sein kann, daß also die Vertreter beider Ansichten mit dieser Bezeichnung in Wirklichkeit etwas ganz Verschiedenes verstehen.

Was das Reichsgericht mit dem Begriff „Ausnahmebestimmung" sagen will, hat m. E. Coppel am deutlichsten zum Ausdruck gebracht, der zu einer ablehnenden Stellungnahme mit der Begründung kommt, daß § 717,

---

3) RG. in SA 61, 209
4) §§ 766, 785, 786, 768, 805, 771 ZPO.
5) Vergl. Gaupp-Stein-Jonas, 15. Aufl. 1934, § 717 VI, § 769 IV, § 771 VI; Seuffert-Walsmann, 12. Aufl. 1933, § 771, 8.
6) = JW 1906, 89, Urteil vom 7. 12. 1905.
7) in Iherings Jahrbücher, Bd. 72, 81.

Abs. 2, sowie auch die gesetzlich geregelten Fälle sogenannte singuläre Vorschriften darstellen.

Schon die römischen Juristen bezeichneten eine Anzahl von Rechtsvorschriften als ius singulare[8]) und stellten letzteres dem ius commune gegenüber. Der Grund, weshalb man von jeher dem Begriff des ius singulare nachgegangen ist, liegt in der Eigentümlichkeit, daß es sich nicht zur folgerichtigen Erweiterung eigne[9]).

Man versteht unter ius singulare einen Rechtssatz, „welcher nicht nur nicht auf denkmäßiger Entwicklung eines leitenden Rechtssatzes beruht, sondern geradezu mit der Folgerichtigkeit eines solchen in Widerspruch tritt, einen Bruch in die logische Anwendung bringt"[10]). Zur Unterscheidung vom ius commune spricht man von anormalem, inkonsequentem, regelwidrigem, prinzipwidrigem Recht.

Der Satz, daß sich das ius singulare nicht zur analogen Anwendung eigne, ist m. E. nicht richtig, denn es ist trotzdem wiederholt analog angewendet worden. So sind beispielsweise die Bestimmungen über die privilegierte Form des Militärtestaments, die Gaius in 1. 2. D. de testam. milit. 29,1 als ius singulare bezeichnet, auf die im Feindesland befindlichen Zivilpersonen ausgedehnt worden[11]).

Ich folge der Ansicht Dernburgs und Graßhoffs[11a]), wenn sie sagen, daß die singulären Rechtsnormen die Ausnahmen bilden. Sie durchbrechen die Rechtsregel und sind verschiedener Art. Beide unterscheiden beim ius singulare zwischen Sonderrechten und den eigentlichen Singularitäten, den historischen Anomalien.

Letztere sind ein Bestand von Rechtssätzen, die einer den gegenwärtigen Verhältnissen nicht mehr entsprechenden Zeit entstammen und gleichsam nur mehr als Rechtsruinen[12]) dastehen. Wenn sie auch noch Geltung besitzen, so lassen solche Anomalien, weil sie eben zum geltenden Recht nicht mehr passen, ihre analoge Ausdehnung nicht zu.

Im Gegensatz dazu stehen die regelwidrigen Normen (Sonderrechte), die aus rationellen Gründen die gemeinen Regeln und Grundsätze für einen bestimmten Kreis von Fällen ausschließen. Auch sie durchbrechen, wie die historischen Anomalien, die Rechtsregel, lassen aber innerhalb ihres engeren Prinzips eine analoge Anwendung zu[12a]).

Es fragt sich nun, ob die unbedingte Schadenshaftung gemäß § 717, Abs. 2 ZPO, in der wir eine Gefährdungshaftung erblicken, unter einen der beiden Begriffe des singulären Rechts gebracht werden kann. Die erste Möglichkeit, daß nämlich diese unbedingte Haftung eine sogenannte Anomalie darstellt, kann wohl ohne weiteres außer Betracht gelassen werden,

8) Die Definition des ius singulare findet sich in den Digesten L 16 de legib 1, 3 und lautet: ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

9) Vergl. Festgabe für Rudolf von Jhering, Leipzig, 1892, S. 45 und 46.

10) siehe Anm. 9, S. 46.

11) So Graßhoff a. a. O., S. 14. Es heißt in 1. 1 D. de bon. poss. ex test. milit. 37, 13 . . : „omnes igitur omnino, qui ejus sunt condicionis, ut iure militari testari non possint, si in hosticolo deprehendantur et illis decedant, quo modo velint, quo modo possint, testabuntur, sive praeses quis sit provinciae, sive legatus, sive quis alius, qui iure militari testari non potest."

11a) Graßhoff a. a. O., Seite 14, daselbst Fußnote 1; (Dernburg, Pandekten, Bd. 1, § 33).

12) Vergleiche Göttinger Festgabe für Ihring, S. 49, und Graßhoff, S. 15 („Rudimente der Vergangenheit").

12a) Graßhoff a. a. O., Seite 14 und 15.

so daß lediglich zu untersuchen bleibt, ob diese Vorschrift dem regelmäßigen oder dem regelwidrigen Recht angehört.

Während die herrschende Lehre grundsätzlich auf dem Boden der Verschuldenshaftung steht und die Fälle einer Gefährdungshaftung als eine Durchbrechung dieses Grundgedankens bezeichnet, vertritt ein Teil der Literatur die Ansicht, daß jeder Eingriff in fremde Vermögensrechte zum Schadensersatz verpflichte. Nach letztgenannter Meinung ist demnach die Verursachungshaftung (ohne Voraussetzung eines Verschuldens) das unserem Schadensersatzrecht zu Grunde liegende Prinzip und bildet die Regel. So wollen Merkel[13]) und Müller-Erzbach[14]) die Widerrechtlichkeit und das Verschulden als Merkmal einer Schadensersatzpflicht streichen. Letzterer will sogar dem den Schaden auferlegen, der die Möglichkeit hat, ihn zu verhindern. Nach Müller-Erzbach hat das Schadensersatzrecht nur die Bedeutung eines Ausgleichs widerstreitender Interessen.

Bei der Anerkennung dieser Grundsätze müßten wir die Analogie von vorneherein bejahen. Von einer Regelwidrigkeit könnte man in diesem Falle nicht sprechen, denn bei Anerkennung des Verursachungsprinzips als Regelfall unseres Schadenersatzrechts würde die Bestimmung des § 717, Abs. 2 ZPO nur einen besonderen, wenn nicht sogar überflüssigen Hinweis auf das allgemeine Prinzip darstellen.

Anzuerkennen ist nur das von der herrschenden Lehre für unser Schadensersatzrecht anerkannte Verschuldensprinzip, welches im Bürgerlichen Gesetzbuch und damit gültig für das gesamte Privatrecht Grundlage und Regel ist. Alle davon abweichenden Schadensersatzgründe sind folglich regelwidriges Recht, zu dem damit auch die im § 717 Abs. 2 ZPO festgelegte unbedingte Schadensersatzpflicht gehört.

Der Satz, daß bei Sondervorschriften (singulärem, regelwidrigem Recht) jede Analogie ausgeschlossen sei[15]), kann aber als richtig nicht anerkannt werden. Wohl dürfen singuläre Rechtssätze nicht zu einer allgemeinen Rechtsvorschrift erweitert werden, da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern nur für besonders geartete Fälle durchbrechen wollen. Innerhalb des engeren Prinzips aber, das dem singulären Rechtssatz zu Grunde liegt, muß auch die analoge Anwendbarkeit anerkannt werden. In mehreren Entscheidungen hat sich auch das Reichsgericht in diesem Sinne ausgesprochen und erklärt, daß die Eigenschaft einer gesetzlichen Vorschrift als einer Ausnahmevorschrift ihre Anwendung auf rechtsähnliche Fälle nicht ausschließe[16]); es bedürfe aber bei solcher Anwendung einer besonders genauen Prüfung, ob die Gesichtspunkte, welche der für einen bestimmten Fall gegebenen Sondervorschrift zu Grunde liegen, auch in dem zu entscheidenden Falle zutreffen[17]).

Nun erhellt auch, was die beiden oben genannten Ansichten unter dem Begriff „Ausnahmebestimmung" verstehen wollen. Es besteht kein Zweifel, daß Schmidt singuläres Recht im weiteren Sinne im Auge hat, während das Reichsgericht und die die Analogie hier grundsätzlich ablehnenden

---

13) a. a. O.

14) a. a. O.

15) So RG in RGZ 47, 360 u. RGZ 65, 361 ff., insbes. S. 364; vergl. ferner RG in RGZ 65, 176: „Ihre analoge Ausdehnung auf . . . erscheint gleichfalls nicht zulässig; . . . so steht solcher Ausdehnung doch ihr Wesen als Sondervorschrift entgegen . . . ."

16) So RG in RGZ 87, 286; vergl. RG in RGZ 87, 372.

17) RG in RGZ 102, 319/320.

Autoren an singuläres Recht im engeren Sinne denken, also an ein eine Spezialvorschrift darstellendes regelwidriges Recht. Würde es sich bei § 717, Abs. 2 ZPO um eine Vorschrift letztgenannter Art handeln, dann müßte man der Ansicht des Reichsgerichts zweifellos den Vorzug geben.

Trotz Vorliegens eines allgemeinen Prinzips müßten wir zur Verneinung der Analogiefähigkeit des § 717, Abs. 2 ZPO gelangen, wenn sich ergäbe, daß der Gesetzgeber bei Einführung dieser wenigen gesetzlichen Regelungen die unbedingte Schadenshaftung auf diese bestimmten Fälle habe beschränken wollen, sozusagen also eine kasuistische Aufzählung gegeben hat. Dieses letzte Argument der Gegner ist nicht schwer zu widerlegen.

Zutreffend bemerkt auch Weber[18]), daß bei einer Regelung, die auf einen Kreis bestimmter Tatbestände begrenzt ist, in der Tat für die Gesetzesauslegung eine bestimmte Vermutung dahin besteht, daß diese Regelung als abschließend zu gelten hat. Die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung zeigte uns aber, daß keine Anhaltspunkte vorhanden sind, welche die Annahme rechtfertigen könnten, daß es im Willen des Gesetzgebers gelegen wäre, nur die gesetzlich geregelten Fälle in die getroffene Regelung einzubeziehen.

Bei den Beratungen zur Zivilprozeßnovelle war an keiner Stelle davon die Rede, daß man in dieser Beschränkung eine Abgrenzung gegen weitere Fälle erblicken müsse. Der Inhalt der Materialien bestätigt m. E. gerade das Gegenteil; er zeigt, daß der Gesetzgeber nicht nur nicht erkannt hat, daß er mit der Statuierung der unbedingten Schadenshaftung in den genannten Fällen ein allgemeines Prinzip aufstellte, sondern auch die unter dieses Prinzip gehörenden Möglichkeiten gar nicht überschaut hat.

So dachte man ausgehend von der beabsichtigten Regelung für die Vollstreckung aus Vorbehaltsurteilen zunächst nur an den Fall des vorläufigen vollstreckbaren Urteils und erklärte: „Wie in den verwandten Fällen der §§ 274, 563 ist es daher auch hier einerseits keine Beschwerung für den Gläubiger, andererseits eine Forderung der Billigkeit gegenüber dem Schuldner, daß, wenn die Entscheidung, auf Grund deren die vorläufige Vollstreckung erfolgte, sich hinterher als sachlich unbegründet erweist, dem Schuldner der Schaden ersetzt wird, welcher diesem aus der vorzeitigen Zwangsvollstreckung oder einer zur Abwendung der Vollstreckung gemachten Leistung erwachsen ist“ [19]). Erst in späteren Beratungen wurde durch § 822 a des Entwurfs der schon für andere Fälle (§§ 274, Abs. 4 [20]) § 563, Abs. 2 [21]), § 655, Abs. 2 a. F.) zur Geltung gebrachte Grundsatz, daß derjenige welcher von einem außerordentlichen Rechtsbehelfe Gebrauch macht, dem Gegner für den daraus entstehenden Schaden auch dann verantwortlich ist, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, als Billigkeitsgründen auf den Arrest und die einstweilige Verfügung ausgedehnt [22]).

Wenn auch das Gesetz in fast allen Fällen [23]), in denen es auf Grund eines überwiegenden Interesses einen Eingriff in eine fremde geschützte

---

18) a. a. O., S. 259.
19) Dieser Schachtelsatz findet sich in den Materialien in Zeitschr. Ziv. Prax., Bd. 24, 205, § 655.
20) Zeitschr. f. Ziv. Prax., Bd. 24, 149 ff.
21) Zeitschr. f. Ziv. Prax., Bd. 24, 204 ff.
22) Zeitschr. f. Ziv. Prax., Bd. 24, 270, § 822.
23) Vergl. §§ 1, 2 R.-Haftpflichtgesetz; § 7 Kraftfahrzeuggesetz, § 26 Gew.O; §§ 231, 833 ff., 867, 904 BGB.

Rechtssphäre gestattet, die unbedingte Schadensersatzpflicht als Folge bestimmt, so kann man doch der Ansicht, daß eine solche nur gegeben sei, wenn eine gesetzliche Regelung vorliegt, nicht zustimmen. So hat auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 11. Mai 1904 [24]) der Klage gegen eine Rheinpreußische Eisenbahn auf Ersatz des durch ihren Betrieb verursachten Schadens, ohne daß es des Nachweises eines „besonderen Verschuldens" bedurfte, stattgegeben und erklärt [25]): „Die Unzulässigkeit der unmittelbaren Anwendung dieser [26]) Gesetzesstellen hindert nicht, ... aus der mehrfachen Aeußerung desselben gesetzgeberischen Willens auf das Bestehen eines allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes zu schließen und diesen zur Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu verwenden."

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß innerhalb des Gebietes des Vollstreckungsrechts Lücken bestehen, die vom Gesetzgeber mangels folgerichtiger Entwicklung nicht ausgefüllt worden sind. Die Tatsache, daß das Gesetz Lücken enthält, darf nicht zu der Annahme verleiten, daß hier das Prinzip nicht gilt, denn gerade die einheitliche Regelung der Haftung in den Fällen der §§ 717, Abs. 2, 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 945 und 1042 c Abs. 2, beweist, daß die innerhalb des Gebietes des Vollstreckungsrechts bestehende Gleichheit keineswegs auf einem Zufall beruht.

§ 717, Abs. 2 ZPO ist somit grundsätzlich analog anwendbar. Nach Gesagtem kann auch an der Zulässigkeit einer solchen Anwendung auf vollstreckbare Beschlüsse insbesondere Kostenfestsetzungsbeschlüsse kein Zweifel mehr bestehen.

Wie schon erwähnt befürworten nur wenige Schriftsteller die Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzpflicht auf die Fälle, in denen ein Beschluß, durch den die Einstellung einer Zwangsvollstreckung angeordnet worden ist, nachträglich aufgehoben oder durch eine Entscheidung in der Sache selbst mißbilligt wird.

Solche Fälle der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung sind gegeben:

1. Bei der Vollstreckungsgegenklage (§ 767, ebenso §§ 785, 786 ZPO).
2. Bei der Klage wegen Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 768 ZPO).
3. Bei der Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO).
4. Bei der Widerspruchsklage (§ 771; §§ 772 bis 774 ZPO).
5. Bei der Einstellung gem. §§ 707, 719 ZPO.

In all diesen Fällen ist dem Gericht in verschiedenem Umfange die Befugnis verliehen, die vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung durch Anordnung einstweilen zu unterbinden.

Diese einstweiligen Anordnungen sind solche innerhalb der Zwangsvollstreckung, die auch, wenn sie vom Prozeßgericht ausgehen vorbehaltlich besonderer Vorschriften der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO unterliegen und einstweilig nur in dem Sinne sind, daß sie bis zur Entscheidung über die Einwendung selbst wirken und sich mit dieser von selbst erledigen.

24) RG in RGZ 58, 130 ff.
25) RGZ 58, 134, 135.
26) gemeint ist hier: §§ 904 BGB, § 25 des Preuß. Eisenbahngesetzes v. 3. 11. 1838 und § 26 Gew.O.

Die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ff. und 785 ff., sowie der Widerspruchsklage des Dritten nach § 771 ff. und der Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 führen die Hemmung der Vollstreckung nicht herbei. Es bedarf dazu erst einer besonderen Anordnung, die entweder vor dem Urteil im Beschlußverfahren nach § 769 ZPO oder im Urteil selbst nach § 770 ZPO ergeht. Bei den anderen Klagen, insbesondere bei der Klage auf Feststellung, daß der zu vollstreckende Anspruch nicht besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung. Während in den Fällen der Einstellung gemäß § 769 und 771 ZPO der Schuldner oder der Dritte, die die Einstellung der Zwangsvollstreckung verfolgen, die den Antrag begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen haben, bedarf es einer Glaubhaftmachung in den übrigen Fällen [27]) nicht und es genügt neben dem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung die Einlegung des Rechtsmittels bezw. der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Voraussetzung.

Scharf zu trennen sind die einstweiligen Anordnungen von den einstweiligen Verfügungen der §§ 935 ff. Da die Vorschriften jener §§ weder unmittelbar noch entsprechend auf sie angewendet werden, wird bei späterer Aufhebung der einstweiligen Anordnungen auch ein den § 945 ZPO entsprechender Schadensersatzanspruch nicht gewährt.

Trotz einer unverkennbaren Aehnlichkeit mit den einstweiligen Verfügungen müßte ein Versuch, eine unbedingte Schadenshaftung aus § 945 ZPO abzuleiten, als unlogisch bezeichnet werden, denn § 945 ZPO betrifft nur einen ganz speziellen Fall eines ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes und nur diesen, während im Gegensatz dazu § 717, Abs. 2 ZPO die allgemeine Bestimmung darstellt, aus der die des § 945 ZPO entwickelt worden ist. Man kann daher, weil § 945 ZPO zur Begründung des billiger Weise zu gewährenden Schadensersatzes nicht ausreicht, nur von § 717, Abs. 2 ZPO ausgehen, selbstverständlich aber unter Berücksichtigung der für die Ausdehnung der unbedingten Schadensersatzhaftung auf den Arrest und die einstweiligen Verfügungen maßgebend gewesenen Erwägungen.

Eine Rechtsähnlichkeit der zu betrachtenden Tatbestände mit § 717, Abs. 2 ZPO ist nicht von der Hand zu weisen. Wesentlich für die analoge Anwendung ist hier zunächst, daß der die Einstellung der Zwangsvollstreckung bewirkende Schuldner oder der Dritte den Gläubiger durch eine Handlung gefährdet, deren Ausführung im Bereiche seines Willens liegt. Es besteht kein Zweifel, daß der Gläubiger, der die Befriedigung seines Anspruches sucht, durch die angeordnete Einstellung der Zwangsvollstreckung in gleicher Weise geschädigt werden kann, wie ein Vollstreckungsschuldner, im Falle einer Vollstreckung mit einem vorläufigen Titel. Was aber bei einer Vollstreckung mit einem vorläufig vollstreckbarem Urteil für den Schuldner Geltung hat, muß hier billiger Weise in gleichem Maße für den Gläubiger Geltung haben, denn der Gläubiger, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt, muß sich, wenn ihre Einstellung angeordnet wird, ebenso eine Beeinträchtigung seiner Interessen gefallen lassen. Er kann die durch den Schuldner bewirkte Maßnahme nicht verhindern, während letzterer aber auch voraussehen kann und damit rechnen muß, daß die erfolgte Einstellung später wieder aufgehoben, d. h. das Recht des vollstreckenden Gläubigers

27) so insbes. bei der Einstellung gem. §§ 707, 719 (anders § 707, Abs. 1, letzter Satz und § 719, Abs. 2) ZPO.

bestätigt werden kann. Ist aber dem Gläubiger das Recht die Einstellung der Vollstreckung zu verhindern entzogen, dann müßte ihm nach der Auffassung des RG notwendigerweise hierfür ein Ersatz gegeben werden „und solcher Ersatz kann nur in der Gewährung der durch den Schadensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gefunden werden“ [28]).

Zutreffend führt Weber [29]) aus, „daß sowohl bei der Ausführung des die einstweilige Einstellung anordnenden Beschlusses wie in den Fällen der § 717, Abs. 2 ZPO und 945 [30]) ZPO Vollstreckungsakte, d. h, Maßnahmen vorgenommen werden, die in den Rechtsbereich des Gegners eingreifen und den vorweggenommenen Teil einer späteren Vollstreckung bilden. In jedem Fall hat der Titel, auf Grund dessen die Vollstreckung erfolgt, nur eine vorläufige Geltung und es ist von vorneherein damit zu rechnen, daß die endgültige Entscheidung möglicher Weise die vorläufige nicht bestätigen, sondern als sachlich ungerechtfertigt aufheben wird.“ Jedes Mal ist der Gegner der Vollstreckungsmaßnahme derselben Unbilligkeit ausgesetzt, daß er, obwohl er sich sachlich im Recht befindet und im Ergebnis sein Recht erhält, ohne sein Zutun durch eine Vollstreckungsmaßnahme getroffen und geschädigt wird, die sein Gegner verfrüht und ohne endgültig anerkannte sachliche Berechtigung vorgenommen hat. Stiewe [31]) bestreitet das Vorliegen einer Gleichheit des Rechtsgrundes, indem er dem Sinne nach zum Ausdruck bringt, daß eine solche einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht nur nicht im Ermessen des Schuldners liegt, sondern sich letzterer vielmehr in einer Verteidigungsstellung befinde, will er doch einen außerordentlichen Eingriff des Gläubigers in seine Vermögensrechte abwehren. Im allgemeinen befindet sich der Schuldner schon in einer gewissen Verteidigungsstellung und insoweit unterscheidet sich auch seine Stellung, von der des mit einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstreckenden Gläubigers. Wenn man auch einwenden wird, daß die Widerspruchsklage und die Vollstreckungsgegenklage im Grunde genommen Verteidigungsmaßnahmen seien, weil sie ja die Abwendung der Zwangsvollstreckung herbeiführen wollen, so muß man doch andererseits sich damit abfinden, daß der Gesetzgeber nun einmal bestimmt hat, daß der Schuldner oder der Dritte ihre Rechte auf diese Weise, also im Wege eines „Angriffs“ geltend zu machen haben. M. E. kann es auf das vom Gesetzgeber gestaltete prozessuale Verhältnis der Parteien nicht ankommen.

Auch Stiewes Befürchtung, man würde dem Schuldner eine zweischneidige Waffe in die Hand geben und dieser könnte sogar Bedenken tragen von einem solchen „Verteidigungsmittel“ Gebrauch zu machen, sind nicht am Platze. Wenn sich der Schuldner im Recht fühlt, wird er in der Regel von den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, die zur Feststellung und Verwirklichung seines vermeintlichen Anspruchs dienen, Gebrauch machen. Stiewe müßte auf Grund seiner Ansicht sogar jeder Klagserhebung diese Bedenken entgegen setzen, denn auch der Kläger bedient sich gewissermaßen einer zweischneidigen Waffe. Er hofft zwar zu obsiegen, muß aber ebenso damit rechnen, daß seine Klage abgewiesen werden kann und er als Unter-

28) Vergl. die schon oben zitierte Entsch. d. Reichsgerichts in RGZ, Bd. 58, 134.
29) a. a. O., S. 263.
30) Vergl. oben: § 945 ZPO ist eine Spezialvorschrift.
31) Stiewe, a. a. O., S. 33.

liegender die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Wenn man schon jenes Risiko das der mit einem vorläufig vollstreckbarem Urteil vollstreckende Gläubiger auf sich nehmen muß, billiger Weise bei der Anordnung eines Arrests oder der Erlassung einer einstweiligen Verfügung einzugehen hat, dann ist nicht einzusehen, weshalb der die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung betätigende Schuldner oder der Dritte, nicht auch ein solches Risiko auf sich nehmen sollte. Eine Veranlassung, eine vom Verschulden unabhängige Schadensersatzpflicht auch in den letztgenannten Fällen festzulegen, erscheint durchaus gerechtfertigt. Man darf nicht übersehen, daß in den Fällen der Einstellung gemäß §§ 769 und 761 ZPO, die den Antrag begründenden Tatsachen nur glaubhaft gemacht werden müssen, während die Vollstreckungstitel, deren Gebrauch im Falle des § 717, Abs. 2 ZPO eine Schadensersatzpflicht begründen, in der Regel auf einer sorgfältigen Erörterung der Entscheidungsgründe nach erfolgter mündlicher Verhandlung beruhen[32]). Ist aber weiterhin die Garantie der sachlichen Richtigkeit der zur Einstellung der Zwangsvollstreckung führenden, nach sumarischer Prüfung erfolgenden und vom Widerspruchskläger einseitig vorgebrachten Tatsachen schon um vieles geringer als beim vorläufig vollstreckbaren Endurteil, so muß das Schadensrisiko für den Vollstreckungsgegner noch um ein vielfaches größer sein, wenn es nicht einmal notwendig ist, zur begehrten Einstellung der Zwangsvollstreckung (so §§ 707, 719 ZPO) Tatsachen glaubhaft zu machen.

Bei der Prüfung der Frage ob auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine analoge Anwendung des § 717, Abs. 2 ZPO möglich ist, muß vorweg darauf hingewiesen werden, daß das FGG eine Unterscheidung der richterlichen Entscheidungen, nämlich Urteile einerseits und Beschlüsse andererseits, wie sie die ZPO. trifft, nicht kennt. Es verleiht den „Beschlüssen“ keine Sonderstellung, sondern schließt sie in den Rahmen der „gerichtlichen Handlungen“ mit ein. Wie das BGB, so bezeichnet auch das FGG die auf seiner Grundlage ergehenden gerichtlichen Handlungen[33]) als „Verfügungen“[34]) „Entscheidungen“[35]) Anordnungen[36]) „Maßregeln[37]) und endlich auch als „Beschlüsse“[38]) ohne daß die Verschiedenheit der Bezeichnung einen sachlichen Unterschied begründen würde. Trotz des übergeordneten Begriffes „gerichtliche Handlung“ spricht die Praxis gewöhnlich nur von einer „Verfügung“.

Zur Frage der analogen Anwendung meint Jastrow[39]), daß insoweit die Voraussetzungen der Analogie vorliegen, die Vorschriften der ZPO über die materielle Ersatzpflicht bei Aufhebung vorläufig vollstreckbarer Urteile oder einstweiliger Verfügungen (§ 717, Abs. 2, 945) „hier“ grundsätzlich analog anzuwenden seien. Solche Voraussetzungen lägen vor, beim Verfahren

32) so auch Weber a. a. O., S. 264.
33) § 7 FGG.
34) diese Bezeichnung ist am häufigsten und findet sich in den §§ 16, 19—24, 29 Abs. 2, 31, 32, 51—53, 55—57, 60—62, 64, 70, 76—78, 80—82, 85, 126, 127, 132, 133, 135; 136; 139; 140 Abs. 2. 141 Abs. 2, 146, 148, 150, 157, 160, 164, 196 FGG.
35) §§ 15, 19 Abs. 2, 21 Abs. 2, 24—30, 46 Abs. 2, 59, 123, 134, 150, 165 u. a.; vergl. §§ 1308 Abs. 2, 1826, 1827 BGB.
36) §§ 13, 24 Abs. 2, 33, 36, 41 u. a. FGG.; vergl. §§ 1635, 1666 BGB.
37) §§ 44, Abs. 2, 74 FGG; § 1666 BGB.
38) §§ 28, Abs. 3, 67, 68, 84, 96—98, 139 FGG; vergl. §§ 3, 1995, 1996 BGB.
39) Jastrow in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 25, 163.

wegen grundloser Weigerung, „welches einen — nur aus Zweckmäßigkeitsgründen vor dem Vormundschaftsrichter gewiesenen — Rechtsstreit darstelle." Es sei dabei zu bedenken, daß die §§ 717, 945 nicht singuläres, gerade nur auf dem Zivilprozeß berechnetes Recht zu schaffen beabsichtigten, sondern daß sie vielmehr eine Frage zu entscheiden unternehmen, die schon rein aus der Natur der Sache von vielen im gleichen Sine entschieden worden sei [40]).

Auch Josef [41]) beschäftigt sich in seinem „Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (1902) in einem speziellen Falle mit der im § 717, Abs. 2 ZPO geregelten unbedingten Schadensersatzpflicht. Er führt u. a. aus: „Eine Sondervorschrift gilt für die in § 53 [42]) bezeichneten Verfügungen, durch die auf Antrag die Ermächtigung oder Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäfte ersetzt oder dem Mann die in § 1358 I BGB vorgesehene Ermächtigung zur Kündigung erteilt oder die die Beschränkung oder Ausschließung der nach § 1357 der Frau zustehenden Rechte aufgehoben wird, sowie durch die auf Antrag des Kindes der Mutter zur Ehelichkeitserklärung ihres Kindes ersetzt wird. Diese werden erst mit der Rechtskraft wirksam, bei Gefahr im Verzuge kann aber das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen." Da nun in diesem Falle die Verfügung mit der Bekanntmachung an den Antragsteller wirksam wird, folgert Josef weiter. „Macht er [43]) von dieser Anordnung Gebrauch, z. B. der Mann verkauft auf Grund derselben eingebrachte Gegenstände (§ 1379), und wird die Verfügung sodann auf Beschwerde der Frau aufgehoben, so bleibt der Verkauf giltig." In diesem Falle sei aber der Mann, wenigstens soweit es sich um Ersetzung der von der Frau verweigerten Zustimmung handelt, ihr schadensersatzpflichtig, da, wie schon Jastrow ausführe, „das Verfahren sich als lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen der Entscheidung des Vormundschaftsrichters zugewiesene bürgerliche Rechtsstreitigkeit" darstelle. Unter Anführung der obengenannten Begründung Jastrow's macht sich Josef dessen Auffassung zu eigen und muß natürlich zur grundsätzlichen Bejahung der Analogie kommen.

Den beiden Autoren ist m. E. nicht beizupflichten. Der von Josef angeführte Fall beschäftigt sich nicht mit der Vollziehung einer Verfügung, sondern nur mit einem „Gebrauch machen" einer solchen. Josef beruft sich auch zu Unrecht auf Jastrow, denn letzterer hat lediglich einen eigenartigen Sonderfall im Auge, bei dem es sich nicht um die Folgen sofortiger Vollziehbarkeit, sondern um die der sofortigen Wirksamkeit einer an sich nicht vollziehbaren Verfügung handelt.

Der Vollzug von Verfügungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zwangsvollzug) unterscheidet sich grundsätzlich von der unter der Herrschaft des Parteibetriebes stehenden zivilprozessualen Zwangsvollstreckung. Er erfolgt nicht auf Antrag einer Partei, besser gesagt, eines der „Beteiligten", sondern zwangsweise durch das Gericht, also von Amts wegen. Wird eine bekannt gemachte, also wirksam gewordene Verfügung (§ 16 FGG)

---

40) Jastrow verweist auf v. Wilmowski-Levi CPO in § 644 a. F. Anm. 3 und 9 801 Anm. 2. Weiter meint Jastrow, lägen die Voraussetzungen der Analogie dagegen nicht vor beim Verfahren wegen Krankheit oder Abwesenheit der Frau, hier sei lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen und nach den speziellen Normen des Eherechts (§§ 823 ff., 1359, 1374 BGB) zu beurteilen, ob dem Ehemann ein ihm zum Ersatz verpflichtendes Verschulden zur Last falle.

41) S. 226, Nr. 2.

42) FGG.

43) d. h., der Antragsteller.

auf eingelegte Beschwerde abgeändert und ist dem Betroffenen durch den Vollzug der Verfügung oder durch eine zur Abwendung des Vollzugs gemachte Leistung ein Schaden entstanden, so kann ein dem § 717, Abs. 2 ZPO entsprechender Schadensersatzanspruch nicht anerkannt werden. Soferne auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Vollzug einer Verfügung dem Betroffenen ein Schaden entsteht, fehlt es für die Anerkennung und Berechtigung einer solchen Pflicht infolge des Amtsbetriebes von vorneherein an der für die Analogie notwendigen Rechtsähnlichkeit mit dem in § 717, Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gebrachten Grunde der Schadenshaftung. Der allein maßgebende Gegensatz besteht m. E. allein darin, daß beim Zwangsvollzug der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht der Antragsteller, sondern das Gericht der Urheber des dem Betroffenen entstehenden Schadens ist.

Als nicht maßgebend muß der weitere Einwand Nußbaums[44]), daß die entsprechende Anwendung des § 717, Abs. 2 ZPO auch deswegen abgelehnt werden müsse, weil in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügungen das Normale sei und sich außerdem die unbedingte Haftpflicht nur auf Urteile, nicht aber auf vollstreckbare Beschlüsse und Verfügungen beziehe, zurückgewiesen werden. Zu diesem Standpunkt ist bereits Stellung genommen.

Unzutreffend ist auch der Einwand Schlegelbergers[45]), daß für einen Schadensersatzanspruch aus Anlaß der Aufhebung einer vollzogenen Verfügung nach § 717, Abs. 2 ZPO kein Raum sei, da die Bestimmungen der ZPO mangels besonderer Vorschrift auf den Zwangsvollzug im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht anzuwenden seien. Seine Begründung erscheint rein äußerlich und nicht durchschlagend und zwar schon deswegen nicht, weil verschiedene Verfahrensarten, die theoretisch der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuzählen sind, nur um deswillen in die ZPO aufgenommen sind, damit ihnen die einheitliche reichsrechtliche Regelung schon zu einer Zeit zu Teil werden konnte, in der eine gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte Gebiet noch nicht möglich war. Ferner sind dem Zivilprozesse durch die Anordnung der Erledigung im Wege der Klage oder des Urteils zahlreiche Aufgaben im einzelnen zugewiesen, die dem Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nicht oder nur beschränkt entsprechen, denen aber jedenfalls der Vorteil der kontradiktorischen Verhandlung in den entwickelteren Formen des Zivilprozesses gewährt werden sollte.

Im Ergebnis kommt Verfasser mit Schlegelberger zur Ablehnung der analogen Anwendung, aber mit folgender abweichender Begründung:

Es fehlt, wie schon oben dargetan, an der Aehnlichkeit des Rechtsgrundgedankens.

Während die Zwangsvollstreckung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils einzig und allein auf Parteibetrieb erfolgt, ist der Zwangsvollzug aus „Verfügungen" auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Einfluß eines Betreibenden entzogen. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß in gewissen Fällen, z. B. im Entmündigungsverfahren der Anstoß zur Einleitung des Verfahrens auf Antrag des Antragsberechtigten erfolgt.

---

44) in ZZP, Bd. 29, 478.
45) a. a. O.

Zusammenfassend kommen wir zu dem Ergebnis, daß § 717, Abs. 2 ZPO auf vollstreckbare Beschlüsse, insbesondere auf die hier behandelten Kostenfestsetzungsbeschlüsse, sowie bei Wiederaufhebung von Beschlüssen über vorläufige Vollstreckungseinstellung analog angewendet werden kann. Abgelehnt werden muß hingegen die Analogie beim Zwangsvollzug auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Streit über die Frage der analogen Anwendung bedarf zweifellos eines Eingriffs des Gesetzgebers. Schon vor der Novelle 98 hat Merkel[46]) in seiner Kritik über die Stellung des Entwurfs zur Frage des Schadensersatzes erklärt, daß die Fälle, in denen eine Ersatzpflicht unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens anerkannt ist, ohne inneren Zusammenhang neben dem Prinzip dastehen. Das uns interessierende Gebiet streifend trifft Merkel für die Einführung der unbedingten Schadenshaftung bei nachträglicher Aufhebung oder Mißbilligung der Anordnung einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung ein[47]). Merkel enthält sich zwar einer besonderen Begründung, erachtet es aber als notwendig, daß das gleiche, was hinsichtlich des durch die vorläufige Vollstreckung entstandenen, gleichfalls hinsichtlich des durch die bewirkte Einstellung einer Vollstreckung (gemäß §§ 688, 690 CPO[48]) verursachten Schadens gelten müsse[49]).

Die durch die Novelle 98 entstandene Gesetzeslücke hat seither wie wir gesehen haben immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Selbst untere Gerichte haben, trotz des gleichbleibenden ablehnenden Standpunkt des Reichsgerichts wiederholt im bejahenden Sinne entschieden[50]), woraus zu ersehen ist, daß selbst unter den Gerichten verschiedentlich Unklarheit in dieser Frage besteht.

Die Notwendigkeit der Analogie steht außer Zweifel. Es bestehen auf Grund der erfolgten Ausführungen keine stichhaltigen Gründe, die weiterhin einen ablehnenden Standpunkt zu dieser Frage rechtfertigen könnten. Dieselben Billigkeitsgründe, die zur Einführung der im Gesetz geregelten Fälle geführt haben, treffen im gleichen Maße auf die in dieser Arbeit behandelten zu.

In all den genannten Fällen greift der Gläubiger durch einen privaten, gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Akt in einschneidender Weise in die Vermögenssphäre des Schuldners ein. Es kann nicht angängig sein, daß ein solcher Eingriff, falls er sich nachträglich als ungerechtfertigt herausstellt, keine Schadenserſatzverpflichtung begründen soll. Die Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO auf die hier behandelten Beschlüsse ausschließen zu wollen, hieße den Schuldner in den einschlägigen Fällen gewissermaßen wehrlos dem Gläubigerzugriff ausliefern.

Eine Schadensersatzpflicht nach §§ 823, 826 BGB, die der Geschädigte zu beweisen hätte, wird sich in den seltensten Fällen begründen lassen. Das Recht auf Ersatz des Schadens wird daher, solange dieses vom Nachweis eines

---

46) Merkel a. a. O., S. 132 ff.

47) Merkel a. a. O., S. 134, Anm. 1.

48) alter Fassung.

49) Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zog Merkel auch aus der Tatsache, daß schon damals „die reichsländische Praxis" dazu geneigt war, eine derartige Ersatzpflicht anzuerkennen,erkennen, „sich dabei dem Gesetz gegenüber aber häufig mit einer etwas gekünstelten Konstruktion einer neglicence ou imprudence geholfen" habe.

50) So OLG Hamm, behandelt in Seuff.Arch., Bd. 61, 206, ferner Amtsgericht Bremen, Urteil vom 26. 2. 35 (7 C 21/35) in hans. RGZ, 19. Jahrgang (1936), Spalte 194 ff.

Verschuldens abhängig ist, regelmäßig illusorisch sein[51]). Bezüglich der Anordnung einer Vollstreckungseinstellung weist Weber[52]) für das Verfahren bei der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO[53]) mit Recht darauf hin, daß auch in ausländischen Rechten im Falle der Wiederaufhebung derartiger Anordnungen dem Geschädigten ein vom Nachweis des Verschuldens nicht bedingtes Schadensersatzrecht gegeben ist[54]).

Eine Ausdehnung der unbedingten Schadenshaftung würde sich nicht zuletzt auch, jedenfalls hinsichtlich der im Rahmen dieser Arbeit besprochenen Beschlüsse, insoferne günstig auswirken, als sie geeignet wäre, vor einer leichtfertigen Ausnutzung der Einstellungsmöglichkeiten abzuhalten und allgemein gesehen zu der schon immer erstrebten Entlastung der Gerichte beitragen; dies umsomehr, als bei sofortiger Feststellung der Schadenersatzpflicht im aufhebenden Titel einer nicht unbedeutenden Zahl von Schadensersatzklagen der Boden entzogen wäre.

Eine Einschränkung der unbedingten Schadenshaftung, wie sie im § 717 Abs. 3 ZPO für oberlandesgerichtliche Urteile getroffen ist, erscheint unbillig und nicht gerechtfertigt. Man wird auf die Dauer mit Rücksicht auf die im nationalsozialistischen Staate geltende Rechtsauffassung diesen vor der Novelle 98 als unbillig empfundenen Zustand nicht gelten lassen können. Sozialpolitischen Erwägungen ist in jeder Hinsicht der Vorzug zu geben. Zweckmäßigkeitsbetrachtungen, die allein dem Wunsche nach Entlastung eines Gerichtes dienen sollen, können in dieser Hinsicht für eine Abweichung von der unbedingten Schadenshaftung nicht gewertet werden. Das Gesetz soll doch gerade den Parteien die Feststellung und Verwirklichung ihrer privatrechtlichen Ansprüche ermöglichen, vor allem aber erleichtern. Dies kann nicht erreicht werden, wenn man die Parteien durch einschneidende Bestimmungen daran zu hindern sucht. Die Schadensersatzpflicht wie sie in § 717 Abs. 2 ZPO ausgestaltet ist, darf für die Urteile der Oberlandesgerichte nicht länger mehr ausgeschlossen bleiben.

Es bestehen zwei Möglichkeiten, den Streit über das Für und Wider der analogen Ausdehnung des § 717 Abs. 2 ZPO auf vollstreckbare Beschlüsse zu erledigen. Entweder, das Reichsgericht gibt seine bisherige ablehnende Stellungnahme gegen eine analoge Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf und erklärt diese Gesetzesbestimmung auch auf die hier behandelten Beschlüsse für anwendbar, oder aber es erfolgt — was mir zweckmäßiger und klarer erscheint — eine gesetzliche Regelung.

---

51) Vergl. Dr. Bauer-Mengelberg in JW 1931, 2559.

52) a. a. O., S. 258.

53) dessen Verwandtschaft mit den übrigen Tatbeständen ist so offenkundig und eng, daß die hiefür geltenden Ausführungen ohne weiteres für alle anderen Möglichkeiten einer einstweiligen Vollstreckungseinstellung gelten können.

54) siehe Weber a. a. O., S. 258, Anm. 3, wo er einschlägige Auszüge aus dem französischen, belgischen und italienischen Zivilprozeßordnungen wiedergibt und auf die Bestimmungen der neuen polnischen ZPO (Art. 567 und 568 § 2 in Verbindung mit Art. 850 § 1) verweist.